

FIREÅRSREGELEN I ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-9

FEMTE LEDD



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 586
Leveringsfrist: 26.04.2010

Til sammen 15694 ord

26.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av avhandlingens tema og problemstillinger	1
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Den videre fremstilling	4
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	<u>4</u>
2.1	Lovgivning	4
2.2	Forarbeider	6
2.3	Rettspraksis	6
2.4	EU-rett	6
2.5	Juridisk litteratur	7
2.6	Forvaltningspraksis	7
<u>3</u>	<u>UNDERLIGGENDE HENSYN</u>	<u>8</u>
<u>4</u>	<u>HISTORIKK</u>	<u>10</u>
<u>5</u>	<u>SYKEHUSET INNLANDET-DOMMEN</u>	<u>12</u>
<u>6</u>	<u>OPPTJENING TIL FIREÅRSREGELEN</u>	<u>13</u>
6.1	Fireårsregelens rekkevidde	13
6.2	Klassifisering av midlertidige ansettelsesforhold	14

6.3	Overgangsregler	16
<u>7</u>	<u>BEREGNING AV ANSETTELSESTID – KRAVET OM SAMMENHENGENDE ANSETTELSE</u>	<u>16</u>
7.1	Presisering av begrepet ”<i>sammenhengende</i>”	16
7.2	Krav om tilknytning?	20
7.3	Betydningen av avbrudd	24
7.3.1	Avbrudd mellom to ulike ansettelsesforhold	24
7.3.2	Adelener-dommen	30
7.3.3	”Lufting” av arbeidstakere	32
<u>8</u>	<u>BEREGNING AV ANSETTELSESTID – FRADRAG FOR FRAVÆR</u>	<u>34</u>
8.1	Utgangspunkt	34
8.2	Eksistensen av en fradragsregel	35
8.3	Betydningen av fravær i et bestående ansettelsesforhold	43
8.3.1	Ferieavvikling	43
8.3.2	Permisjoner	43
8.3.3	Arbeidskamp	46
8.4	Betydningen av fravær mellom to ulike ansettelsesforhold	46
8.5	Ansettelsesforhold som ikke omfattes av fireårsregelen	47
<u>9</u>	<u>RETTSVIRKNINGER AV FIREÅRSREGELEN</u>	<u>49</u>
<u>10</u>	<u>OPPSUMMERING/KONKLUSJON</u>	<u>52</u>
<u>11</u>	<u>KILDER</u>	<u>54</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av avhandlingens tema og problemstillinger

Temaet for denne avhandlingen er den såkalte fireårsregelen i arbeidsmiljøloven¹ ("aml."), som gjelder rettsstillingen for arbeidstakere som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år.

Etter arbeidsmiljøloven er hovedregelen at arbeidstaker skal ansettes fast. På visse vilkår kan arbeidstaker likevel ansettes midlertidig, dersom loven gir uttrykkelig hjemmel for dette, jf. aml. § 14-9. En særlig form for midlertidig ansettelse er åremålsansettelse, jf. aml. § 14-10.

Fast ansettelse innebærer at arbeidsavtalen inngås for et ubestemt tidsrom, og arbeidsforholdet løper inntil det blir sagt opp av en av partene; arbeidsgiver eller arbeidstaker. Ved oppsigelse fra arbeidsgivers side er arbeidstaker beskyttet av lovens regler om oppsigelsesvern.

Lovlige, midlertidige arbeidsavtaler opphører som utgangspunkt ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeidet er avsluttet, jf. aml. § 14-9 femte ledd første pkt. Som utgangspunkt er det ikke fastsatt særlige oppsigelsesfrister, og det stilles heller ikke krav om saklig grunn for oppsigelse. Har ansettelsen vart i mer enn ett år gjelder det imidlertid særlige varslingsregler, jf. aml. § 14-9 fjerde ledd.

Bruken av midlertidige arbeidsavtaler bryter med arbeidsmiljølovens hovedregel om fast ansettelse, og innebærer mer uforutsigbare arbeidsforhold. Det er derfor klart forutsatt i norsk rett at adgangen til å inngå midlertidige ansettelser skal være begrenset, og slike

¹ Arbeidsmiljøloven av 16. juni 2005 nr. 62

ansettelser skal heller ikke vare over et for langt tidsrom. Som følge av dette ble reglene om midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven av 2005 endret, og bl.a. fireårsregelen innført, jf. aml. § 14-9 femte ledd annet og tredje pkt. Bestemmelsen fastslår at arbeidstaker som er midlertidig ansatt på grunn av arbeidets karakter eller som er ansatt som vikar i mer enn fire år, skal anses som fast ansatt slik at de alminnelige regler om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse.

Fireårsregelen var ment som en enkel og klar regel. Anvendelsen i praksis viser imidlertid at det er flere problemstillinger knyttet til forståelsen av den. Det foreligger foreløpig en dom fra Høyesterett vedrørende bestemmelsen. Dommen er inntatt i Rt. 2009 s. 578; ”Sykehuset Innlandet-dommen”. Avgjørelsen gir avklaring på noen områder, men fremdeles er det flere uløste spørsmål. Det er således behov for rettslig avklaring på flere punkter. I etterkant av Sykehuset Innlandet-dommen er det foreslått at bestemmelsen endres. Lovforslaget er fremmet av Arbeidsdepartementet i Prop. 104 L (2009-2010) av 26. mars 2010, men saken er fortsatt ikke behandlet i Stortinget. Problemstillingene i denne fremstillingen vil derfor bli drøftet etter bestemmelsens ordlyd per i dag. Der det er relevant vil det imidlertid knyttes noen kommentarer til de foreslåtte endringer.

Ved gjennomgangen av fireårsregelen vil det i denne fremstillingen være to hovedproblemstillinger. Den første omhandler kravet om at arbeidstaker må ha vært ”*sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år*”. Sentralt er både hva som ligger i kravet til sammenhengende midlertidig ansettelsestid, og når dette kravet må anses avbrutt. Den andre problemstillingen omhandler i hvilken grad arbeidstakers fravær fra arbeidet skal gå til fradrag ved beregning av tjenestetidens lengde. Problemstillingene er relevante da de frister som fireårsregelen representerer vil være av avgjørende betydning for hvorvidt fireårsregelen får anvendelse.

Reglene om midlertidig ansettelse har stor aktualitet i Norge i dag. Det er vel kjent at retten til arbeid og trygge ansettelsesforhold vil kunne påvirke hele livssituasjonen for det enkelte

mennesket.² Dette er også bakgrunnen for at vernet av arbeidstakere for å sikre trygghet, inkludering og vekst, gjennom årene er skjerpet både i Europa og Norge, og er blant hovedformålene med arbeidsmiljøloven, jf. aml. § 1-1.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingens tema er *fireårsregelen* i aml. § 14-9 femte ledd, og er en særbestemmelse i arbeidsmiljøloven til vern for midlertidige ansatte som har vært ansatt i mer enn fire år.

De generelle hensynene bak adgangen til å inngå midlertidige arbeidsavtaler vil være relevante i denne fremstillingen. I forbindelse med redegjørelsen for fireårsregelens bakgrunn vil derfor også historikken knyttet til adgangen til å inngå tidsbegrensede arbeidsavtaler omtales. For øvrig vil verken spørsmål om adgangen til å ansette arbeidstaker midlertidig, eller prosessuelle bestemmelser bli behandlet.

Fireårsregelen oppstiller en maksimal grense for hvor lenge en arbeidstaker kan være midlertidig ansatt før vedkommende må anses som fast ansatt. Bestemmelsen er likevel ikke til hinder for at fast ansettelse kan anses for å foreligge på et langt tidligere tidspunkt etter andre rettsgrunnlag. Dersom den midlertidige ansettelsen er i strid med arbeidsmiljølovens krav, har arbeidstaker som hovedregel krav på fast ansettelse, med de regler om oppsigelsesvern som følger av lovens alminnelige regler, jf. aml. § 14-11. Videre kan arbeidstaker få rett til fast ansettelse etter den ulovfestede læren om krav på fast ansettelse ved dekning av varige arbeidskraftsbehov. Denne læren ble etablert av Høyesterett i Rt. 1989 s. 1116 (Statfjorddommen), og videreutviklet i Rt. 2006 s. 1158 (Ambulansedommen). Selv om den ulovfestede læren ble utviklet før innføringen av fireårsregelen i arbeidsmiljøloven, la Høyesterett i Sykehuset Innlandet-dommen til grunn at læren fortsatt har praktisk betydning. Spørsmål om arbeidstaker skal anses for å være fast ansatt etter andre grunnlag enn fireårsregelen i arbeidsmiljøloven vil imidlertid ikke bli behandlet i denne fremstillingen.

² NOU 2004:5 s. 17

Videre presiseres at avhandlingens tema er fireårsregelen i *arbeidsmiljøloven*.

Fireårsregelen kommer som utgangspunkt ikke til anvendelse for midlertidige ansettelser med hjemmel i særlovgivningen.³ Fremstillingen begrenses derfor til å hovedsakelig omfatte arbeidsmiljølovens bestemmelser, og regler om midlertidig ansettelse i særlovgivning⁴ faller som utgangspunkt utenfor fremstillingen. Se likevel punkt 2.1 om tjenestemannsloven⁵ ("tjml.").

1.3 Den videre fremstilling

I avhandlingens punkt 2 gis en oversikt over rettskildebildet på fireårsregelens område, før det i punkt 3 redegjøres for enkelte hensyn bak begrensningene i adgangen til midlertidig ansettelse, og lovgrunnen for fireårsregelen. En historisk fremstilling av rettstilstanden følger i punkt 4. Sykehuset Innlandet-dommen er sentral i fremstillingen, og vil derfor i punkt 5 gjennomgå særskilt. I punkt 6 redegjøres for hvilke typer midlertidige arbeidsforhold som gir grunnlag for opptjening til fireårsregelen. Deretter vil kravet til sammenhengende ansettelsestid vurderes i punkt 7. Spørsmålet hvorvidt arbeidstakers fravær skal gå til fradrag ved beregning av ansettelsestid drøftes i punkt 8. En redegjørelse av rettsvirkningene av fireårsregelen gis i punkt 9. Avslutningsvis vil det i punkt 10 forsøkes å gi en oppsummering og kort konklusjon av de to hovedproblemstillingene.

2 Rettskildebildet

2.1 Lovgivning

Arbeidsmiljøloven regulerer arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker for alle virksomheter som sysselsetter arbeidstakere, med de unntak som er gitt i aml. § 1-2. Det

³ Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 84

⁴ Se for eksempel sjømannsloven av 30. av 1975 nr. 18 § 3 nr. 3, opplæringslova av 17. juni 1998 nr. 61 § 10-6 og universitets- og høyskoleloven av 1. april 2005 nr. 15 § 6-5.

⁵ Tjenestemannsloven av 4. mars 1983 nr. 3

rettslige grunnlag for arbeidsmiljølovens fireårsregel er aml. § 14-9 femte ledd annet og tredje pkt. Bestemmelsen lyder slik:

”Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a og b, skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse. Dette gjelder likevel ikke for arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter første ledd bokstav c, d og e.”

For ansatte i staten gjelder det særregler etter tjenestemannsloven. I likhet med arbeidsmiljøloven er tjenestemannslovens hovedregel fast tilsetting, hvilket fremkommer av tjml. § 3 nr. 2. Adgangen til midlertidig tilsetting av statens tjenestemenn reguleres i lovens § 3 og i forskrift til loven.⁶ I tjml. §§ 9 og 10 nr. 1 er midlertidige tilsattes stillingsvern særskilt regulert, sammen med lovens ordinære regler om oppsigelsesvern. Etter disse bestemmelsene sondres det mellom oppsigelsesvern i de fire første tjenesteår og etter fire år. Midlertidig tilsatt tjenestemann ”med mindre enn fire års sammenhengende tjeneste kan sies opp fra sin stilling når det har saklig grunn i virksomhetens eller tjenestemannens forhold”, jf. tjml. § 9. Midlertidig tjenestemann ”med mer enn fire års sammenhengende tjeneste” kan sies opp med seks måneders frist når stillingen inndras eller arbeidet faller bort, jf. tjml. § 10 nr. 1. I praksis betegnes dette som ”sterkt oppsigelsesvern”. Etter tjenestemannslovens bestemmelser er altså beregning av sammenhengende tjenestetid avgjørende for hvilket oppsigelsesgrunnlag og hvilke oppsigelsesfrister som kommer til anvendelse. I tjenestemannsloven uttrykkes dette ved at tjenestemannen ”kan sies opp (...)”. Ordlyden i arbeidsmiljølovens fireårsregel er utformet slik at arbeidstaker etter mer enn fire års sammenhengende midlertidig ansettelse, skal anses som fast ansatt ”slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse”. Etter min vurdering er disse ordlydsforskjeller uten rettslig betydning. Både etter tjenestemannsloven og arbeidsmiljøloven har fire års sammenhengende ansettelse betydning for tjenestemannen eller arbeidstakerens oppsigelsesvern. Fireårsregelen i

⁶ Forskrift til lov om statens tjenestemenn m.m. av 11. november 1983 nr. 1608

arbeidsmiljøloven er i tråd med prinsippene i reglene i tjml. §§ 9 og 10 nr. 1,⁷ og tjenestemannslovens bestemmelser vil således ha betydning for fortolkningen av arbeidsmiljølovens fireårsregel. Der dette er relevant vil det fremgå av drøftelsene.

2.2 Forarbeider

I hvilken utstrekning det skal være adgang til midlertidig ansettelse har vært et politisk omstridt tema. Forarbeidene til fireårsregelen er således preget av at utformingen av aml. § 14-9 ble endret en rekke ganger under lovgivningsprosessen. Det opprinnelige lovforslaget ble utarbeidet av regjeringen Bondevik II i Ot.prp.nr. 49 (2004-2005). Innen loven trådte i kraft fremmet imidlertid regjeringen Stoltenberg II nytt lovforslag i Ot.prp.nr 24 (2005-2006), som det endelige lovvedtaket bygger på. Fireårsregelen ble imidlertid ikke endret ved regjeringsskiftet, og var heller ikke omstridt under prosessen. Uttalelser i forarbeidene til den opprinnelige lovteksten er dermed fortsatt relevante. Rettskildevekten av forarbeidenes uttalelser knyttet til beregning av ansettelsestiden behandles nedenfor i punkt 7.3.1 og 8.2. Tjenestemannslovens forarbeider vil også benyttes i fremstillingen.

2.3 Rettspraksis

Det er avsagt en dom fra Høyesterett vedrørende anvendelsen av fireårsregelen, Sykehuset Innlandet-dommen, og denne er derfor meget relevant. Det er i tillegg underrettsavgjørelser knyttet til både arbeidsmiljøloven og tjenestemannslovens fireårsregler som også har betydning.

2.4 EU-rett

Problematikken knyttet til midlertidige arbeidsavtaler er ikke spesiell for norske forhold. Et felles regelverk om midlertidig ansettelse er utformet innen EU-området; direktivet om midlertidig ansettelse av 28. juni 1999⁸ ("direktivet"). Direktivet er basert på en rammeavtale⁹ inngått mellom de sentrale europeiske arbeidslivspartene, EEF, UNICE og

⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 218

⁸ Rådskdirektiv 1999/70/EF

⁹ Rammeavtalen følger som vedlegg til direktivet.

CEEP. Som en følge av forpliktelser etter EØS-avtalen er direktivet implementert i norsk rett.

Direktivet bygger på at fast ansettelse skal være hovedregelen, og fastsetter generelle prinsipper og minstekrav for midlertidig ansettelse, herunder ansettelsesvilkår. Formålet med direktivet er for det første å bedre kvaliteten på midlertidig ansettelse ved å sikre prinsippet om likebehandling. Videre er målsettingen å forhindre misbruk som følge av at det benyttes gjentatte midlertidige arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold. Etter rammeavtalens artikkel 5 kreves det at medlemsstatene skal treffe minst ett av tre nærmere angitte tiltak for å hindre misbruk som følge av midlertidige ansettelsesavtaler eller ansettelsesforhold. Et av alternativene er innføring av nasjonale regler som angir den maksimale samlede varigheten av de gjentatte midlertidige arbeidsavtalene eller ansettelsesforholdene.

Allerede før innføringen av fireårsregelen det ble det lagt til grunn at Norge tilfredsstilte kjernedelen av direktivet (jf. artikkel 5 i rammeavtalen) gjennom bestemmelsen i aml. (1977) § 58 A.¹⁰ Norsk rett anses dermed å være i overensstemmelse med direktivets minimumskrav til midlertidige ansettelser, og norske domstoler vil ved tolkningen av fireårsregelen legge vekt på direktivet der dette er relevant.

2.5 Juridisk litteratur

Fireårsregelen er ikke inngående behandlet i arbeidsrettslig litteratur. Det foreligger imidlertid en juridisk artikkel om temaet; ”*Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen*” (Søreide, 2009) som vil anvendes fortløpende som rettskilde i denne fremstillingen, sammen med juridisk litteratur for øvrig.

2.6 Forvaltningspraksis

Forvaltningspraksis etter tjenestemannslovens bestemmelser i §§ 9 og 10 nr. 1 kan være et tolkningsmoment ved forståelsen av arbeidsmiljølovens fireårsregel. I fremstillingen vil det

¹⁰ Ot.prp.nr. 64 (2001-2002) s. 2

derfor fortløpende vises til Statens personalhåndbok 2010 ("SPH") og saker fra det tidligere Arbeids- og administrasjonsdepartementet ("AAD") der dette er relevant.

Forvaltningspraksis knyttet til tjenestemannslovens fireårsregler kan ikke uten videre legges til grunn for forståelsen av arbeidsmiljølovens fireårsregel. På den annen side kan det være relevant å se hen til departementenes fortolkning fordi fireårsreglene i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven omhandler det samme begrepet ("*sammenhengende*"), jf. punkt 2.1.

3 Underliggende hensyn

Arbeidsmiljølovens enkelte bestemmelser er i stor grad et resultat av en avveining av en rekke til dels kryssende hensyn.¹¹ Dette gjelder ikke minst spørsmålet om i hvilken utstrekning det skal være adgang til midlertidige ansettelser, som i stor grad bygger på en avveining av henholdsvis hensynet til arbeidsgiver og hensynet til arbeidstaker.

På den ene side står hensynet til arbeidsgiver og hans virksomhet, som kan ha et legitimt behov for å kunne dimensjonere antall arbeidstakere fleksibelt, i forhold til virksomhetens varierende oppdragsmengde og etterspørsel til enhver tid.¹² Det er antatt at midlertidige ansettelser kan gjøre det lettere for bedrifter i oppstartsfasen og ved omorganisering i etablerte virksomheter, da det i slike situasjoner ofte er usikkerhet knyttet til det fremtidige behovet for flere ansatte.¹³ Et sterkt oppsigelsesvern vil også kunne medføre at arbeidsgivere er tilbakeholdne med å ansette nye arbeidstakere, noe som kan resultere i at det blir spesielt vanskelig for yngre arbeidstakere, eller arbeidstakere med særlige behov (ikke etnisk norske/funksjonshemmede mv.), å komme inn på arbeidsmarkedet.¹⁴

¹¹ Ot.prp.nr. 24 (2005-2006) s. 3

¹² Jakhelln (2007) s. 243

¹³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 209

¹⁴ Jakhelln (2007) s. 243

På den annen side står hensynet til oppsigelsesvernet, og faren for at dette kan bli uthulet ved en vid adgang til midlertidig ansettelse.¹⁵ Videre kan en situasjon der virksomhetene stadig tilpasser arbeidsstokken til etterspørselen føre til at arbeidstakere går inn og ut av arbeidslivet med hyppige ledighetsperioder. Langvarig arbeidsledighet kan føre til at kompetansenivået reduseres, som igjen kan bidra til å svekke mulighetene for på nytt å komme i arbeid.¹⁶ Endelig nevnes at fast ansettelse skaper en positiv lojalitet mellom arbeidstakerne og virksomheten,¹⁷ og det psykologiske aspektet om at fast ansettelse gir arbeidstakere den nødvendige trygghet med hensyn til fremtidig arbeid, og dermed også lønnsinntekter.¹⁸

For å unngå at arbeidstakere blir gående på ”evigvarende” midlertidige kontrakter, og at midlertidige ansettelser derfor verken burde vare over et for langt tidsrom, eller gjenopptas i for stor utstrekning, ble fireårsregelen foreslått. Departementet fremhevet at regelen ville medvirke til å tydeliggjøre lovens intensjon om at tidsbegrenset ansettelse i hovedsak skal benyttes ved midlertidige behov, og at den underbygger prinsippet om at fast ansettelse er lovens hovedregel. Videre er det i forarbeidene vist til at dersom en arbeidstaker har vært ansatt i en og samme virksomhet i over fire år, indikerer dette normalt et stabilt behov for arbeidskraft i virksomheten. Regelen ble også begrunnet i hensynet til den planlagte harmoniseringen av arbeidsmiljøloven og tjenestemannslovens regler, og det ble vist til de norske forpliktelsene etter EU-direktivet.¹⁹

Ved fortolkningen av fireårsregelen er det viktig å se hen til arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse i § 1-1. Tolkning av arbeidsmiljølovens materiellrettslige

¹⁵ Jakhelln (2007) s. 243

¹⁶ NOU 2004:5 s. 297

¹⁷ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 208

¹⁸ Benson (2008) s. 54

¹⁹ NOU 2004:5 s. 303 og Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 218

bestemmelser skal skje i lys av formålet. Formålsangivelsen kan derfor etter omstendighetene være avgjørende for tolkningsresultatet.²⁰

4 Historikk

Sentralt i denne fremstillingens sammenheng er aml. (1977),²¹ og forhistorien til nåværende aml. (2005), som i sin tid opphevet og erstattet 1977-loven.

I aml. (1977) var reglene om midlertidig ansettelse regulert i aml. § 58 A. Det var etter denne loven ingen grense for hvor lenge en arbeidstaker kunne være midlertidig ansatt. Det avgjørende for lovligheten av en midlertidig ansettelse var derfor om lovens vilkår for midlertidig ansettelse var oppfylt. Varigheten av ansettelsen ville imidlertid være et tolkningsmoment i vurderingen av om de materielle vilkår var til stede. Forslag om innføring av en regel om maksimal lengde for midlertidig ansettelse i aml. (1977), ble for første gang fremmet av et mindretall i Arbeidsmiljøutvalget i 1992.²² Bestemmelsen ble foreslått etter mønster av tjenestemannslovens regler om oppsigelse, tjml. §§ 9 og 10 nr. 1, hvor slike regler ble innført i tjml. (1983). Departementet var i utgangspunktet positive til forslaget, men ville komme tilbake til det ved en gjennomgang av, og tilpasning til, et eventuelt EØS-regelverk om atypisk arbeid.²³ Et nytt lovforslag om innføring av rett til fast ansettelse etter en viss tid som midlertidig tilsatt, ble i 2003 igjen fremsatt av departementet.²⁴ Denne gang ble forslaget fremmet av Bondevik II-regjeringen, parallelt med forslag om en utvidet adgang til bruk av midlertidig ansettelse. Under komitébehandlingen ble det likevel vedtatt å avvente behandlingen av forslaget til

²⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 68

²¹ Arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4

²² NOU 1992:20 pkt. 1.2.2, kapittel 14

²³ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 180. EUs arbeid resulterte bl.a. i Rådsdirektiv 97/81/EF (deltidsdirektivet) og Rådsdirektiv 99/70/EF (om midlertidig ansettelse).

²⁴ Ot.prp.nr. 12 (2003-2004) s. 21

Arbeidslivslovutvalget hadde fremmet sin innstilling.²⁵ Arbeidslivslovutvalget fremmet imidlertid, i henhold til ovennevnte, både å innføre en øvre grense for varigheten av midlertidige ansettelser, samt en utvidet adgang til midlertidig ansettelse.²⁶ Forslaget ble senere fremmet av departementet i Ot.prp.nr. 49 (2004-2005).²⁷ Det var opprinnelig også et siktemål å harmonisere stillingsvernsreglene for statens tjenestemenn med reglene i ny arbeidsmiljølov. Dette skulle gjøres ved at reglene om oppsigelse i arbeidsmiljøloven også skulle gjelde for tjenestemenn,²⁸ og tjenestemannsloven skulle erstattes av ny lov om statens embets- og tjenestemenn.²⁹

I anledning regjeringsskiftet høsten 2005 fremmet imidlertid Stoltenberg II-regjeringen Ot.prp.nr. 24 (2005-2006), som det endelige lovvedtaket bygger på. Flere av de vedtatte lovendringer ble med dette reversert innen loven trådte i kraft. Hovedforskjellene mellom lovvedtakene er for det første at samordningen mellom arbeidsmiljøloven og tjenestemannslovens bestemmelser ble reversert, slik at tjml. (1983) gjelder videre. Det ble vist til at forslaget til ny embets- og tjenestemannslov fjernet sentrale elementer i forvaltnings- og tjenestemannsretten, og forringet grunnleggende rettigheter og bestemmelser.³⁰ Videre gir den endelige lovteksten en snevrere adgang til midlertidig ansettelse enn hva det opprinnelige lovvedtaket åpnet for, slik at adgangen til midlertidig ansettelse i aml. (1977) § 58 A i det vesentligste er gjeninnført. Fireårsregelen ble imidlertid opprettholdt, men var verken gjenstand for diskusjon eller endringer.³¹ Aml. § 14-9, herunder fireårsregelen, ble innført ved lovendring av 2005.³² Bestemmelsen trådte i kraft 1. januar 2006, sammen med aml. (2005) for øvrig.

²⁵ Innst.O.nr.34 (2003-2004) pkt. 2.2

²⁶ NOU 2004:5 s. 302-303 og s. 561-562

²⁷ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 217-218 og s. 331-333

²⁸ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 250

²⁹ Ot.prp.nr. 67 (2004-2005) s. 7

³⁰ Ot.prp.nr. 25 (2005-2006) s. 1

³¹ Innst.O.nr. 18 (2005-2006) pkt. 4.2

³² Endringslov til arbeidsmiljøloven av 21. desember 2005 nr. 121

Fireårsregelen har blitt endret ganger siden den først ble innført. Per dags dato foreligger det som nevnt ytterligere lovforslag om endringer i bestemmelsen.

5 Sykehuset Innlandet-dommen

Både fireårsregelens ordlyd og forarbeider viser at det er flere uløste spørsmål knyttet til fireårsregelen. Denne dommen vil derfor være særlig relevant for forståelsen av loven.

Saken gjaldt en arbeidstaker (A) som på ulike rettsgrunnlag var ansatt i midlertidige stillinger ved Sykehuset Innlandet HF, fra oktober 2001 til november 2006. Frem til 2004 arbeidet A ved fire forskjellige poster ved Divisjon for psykisk helsevern ved helseforetaket. Først var han tilknyttet sykehuset som hospitant på arbeidsmarkedstiltak i regi av Aetat (nå NAV), men utførte samtidig også noe arbeid som ble betalt av sykehuset. Fra april 2003 og ut 2004 utdannet A seg som hjelpepleier, og tok ved siden av studiet ekstravakter ved sykehuset, før han i mai 2005 ble ansatt som fast vikar i 100 prosent stilling ut året. A begynte i januar 2006 på en såkalt SEPREP-utdanning, og fikk av sykehuset stilling som vikar i 50 prosent stilling for å oppfylle utdannelsens praksiskrav. I studieperioden jobbet A dessuten overtid og tok ekstravakter i betydelig omfang.

I oktober 2006 fremmet A krav om fast ansettelse ved sykehuset, men fikk ikke kravet innvilget. Sykehuset sluttet deretter å gi ham vakter utover det han hadde krav på i den midlertidige 50 prosent stillingen. I november 2006 ble han sykemeldt, uten å senere returnere til sykehuset og stillingen, som etter avtalen skulle vare ut 2007. Høyesterett kom til at A ikke hadde krav på fast ansettelse, verken etter den ulovfestede læren eller etter fireårsregelen.

De relevante spørsmålene for denne avhandlingen som Høyesterett tok stilling til vil bli behandlet løpende i den videre fremstilling.

6 Opptjening til fireårsregelen

6.1 Fireårsregelens rekkevidde

Fireårsregelen gjelder for arbeidstakere som er lovlig midlertidig ansatt etter aml. § 14-9 første ledd bokstav a og b, jf. aml. § 14-9 femte ledd annet pkt. Dette innebærer at arbeidstakere som er ansatt fordi ”*arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten*” og vikarer oppnår rettigheter etter bestemmelsen. Videre får bestemmelsen anvendelse for innleide arbeidstakere fra virksomhet som har til formål å drive utleie (i praksis vikarbyråer), jf. aml. § 14-12 tredje ledd. I § 14-9 femte ledd tredje pkt. er det gjort uttrykkelig unntak for så vidt gjelder praksisarbeid, deltaker på arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med Arbeids- og velferdsetaten, og for idrettsutøvere, idrettstrenere, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten, jf. bokstavene c, d og e.

Frem til lovendring av 2009³³ fremgikk det ikke av lovteksten at fireårsregelen bare fikk anvendelse for midlertidig arbeid i henhold til bokstav a og b. I Sykehuset Innlandet-dommen slo imidlertid et samlet Høyesterett fast, under henvisning til fireårsregelens forarbeider, og Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) – som på dette tidspunktet måtte anses som etterarbeider – at midlertidig arbeid som nevnt i bokstav c, d og e ikke skal tas i betraktning ved beregningen av ansettelsestid etter fireårsregelen. Etter dommens avsigelse ble ordlyden i fireårsregelen endret, med virkning fra 1. januar 2010. Dette innebærer at unntaksbestemmelsen i tredje pkt. er uten selvstendig betydning, da dette følger antitetisk av annet pkt.³⁴

Fireårsregelen kommer derfor ikke anvendelse på åremålsstillinger, jf. aml. § 14-10. I forarbeidene er dette begrunnet med at hensynet om at langvarig midlertidig ansettelse indikerer et stabilt arbeidskraftsbehov hos arbeidsgiver, først og fremst er knyttet til aml. §

³³ Endringslov til arbeidsmiljøloven av 19. juni 2009 nr. 39

³⁴ Bestemmelsen i tredje pkt. er derfor foreslått opphevet i Prop. 104 L (2009-2010).

14-9 første ledd bokstavene a og b.³⁵ Åremålsansettelser skal ikke dekke et midlertidig behov, men derimot fylle et permanent arbeidskraftsbehov.³⁶ Videre gjelder fireårsregelen heller ikke for midlertidig ansettelse hjemlet i tariffavtale etter aml. § 14-9 tredje ledd. En slik fortolkning er lagt til grunn av departementet i Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 42-43, som viser til at reelle hensyn taler for en slik løsning. I proposisjonen heter det således: ”*Det forutsettes at de respektive organisasjonene har gode forutsetninger for å balansere arbeidsgivers og arbeidstakers interesser, og at avtaleadgangen bidrar til ordninger som er tilpasset den enkelte sektor.*” Som nevnt ovenfor får fireårsregelen anvendelse for visse innleide arbeidstakere, jf. § 14-12 tredje ledd. Reglene om adgangen til å benytte slik innleie er på flere områder parallelle til aml. § 14-9, jf. aml. § 14-12 første ledd. Etter sistnevnte bestemmelses annet ledd kan arbeidsgiver og de tillitsvalgte på nærmere angitte vilkår inngå skriftlig avtale uten hinder av det som er bestemt i aml. § 14-12 første ledd. Det følger imidlertid av ordlyden i fireårsregelen at rekkevidden av fireårsregelen i innleietilfellene er begrenset på tilsvarende måte som ved midlertidige ansettelser, slik at fireårsregelen ikke gjelder ved tariffavtale om innleie etter § 14-12 annet ledd³⁷

6.2 Klassifisering av midlertidige ansettelsesforhold

Et praktisk viktig spørsmål er hvordan midlertidige stillinger skal klassifiseres. Problemstillingen er generell i den forstand at den ikke relaterer seg til fireårsregelen spesielt. Grensedragningen vil likevel være av avgjørende betydning i forhold til fireårsregelen, da bare tilsetting etter aml. § 14-9 første ledd bokstav a og b inngår i dens beregning. I Sykehuset Innlandet-dommen ble spørsmålet satt på spissen i to relasjoner. For det første avgrensningen mot praksisarbeid i henhold til aml. § 14-9 første ledd bokstav c. For det andre hvordan arbeidstakerens midlertidige arbeid skulle klassifiseres da arbeidet inneholdt både vikar- og praksiselementer. I lys av Høyesteretts dom vil det derfor knyttes noen korte merknader til spørsmålene nedenfor. En generell drøftelse av disse problemstillingene faller imidlertid utenfor denne fremstillingen.

³⁵ Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 43

³⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 333

³⁷ Tilsvarende er lagt til grunn i Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s. 43

Lovens ordlyd ”*praksisarbeid*” i aml. § 14-9 første ledd bokstav c gir liten veiledning. Heller ikke forarbeidene gir den nødvendige avklaring på hvordan begrepet skal forstås. I Sykehuset Innlandet-dommen utleder Høyesterett imidlertid, på bakgrunn av uttalelser i forarbeidene og juridisk litteratur, anvisninger på hva som følger av praksisbegrepet. For det første kreves det ikke at utdannelseselementet utgjør en overveiende og nødvendig del av stillingens arbeidsområde. For det andre kan praksisarbeideren benyttes til å dekke et ordinært arbeidskraftsbehov. Endelig slås det i dommen fast at endt grunnutdanning ikke utgjør noen absolutt begrensning for hva som kan være praksisarbeid i lovens forstand. Etter mitt syn innebærer dette at begrepet kan omfatte flere arbeidstakere enn antatt i tidligere juridisk teori.³⁸

Et dagsaktuelt spørsmål i denne forbindelse er om leger under spesialisering (dvs. etter endt universitetsutdanning og turnustjeneste) faller inn under arbeidsmiljølovens praksisbegrep eller ikke. Etter mitt syn tilsier ovennevnte uttalelser fra Høyesterett at legers spesialisering i utgangspunktet kan omfattes av begrepet. Økonomiske hensyn kan trekke i samme retning. Leger i spesialisering utgjør imidlertid en meget stor gruppe av leger, som ofte må tjenestegjøre i over syv år før de oppnår spesialistgodkjenning. I tillegg kommer at slike leger i stor grad utfører det samme type arbeidet som spesialiserte leger.³⁹ Etter min oppfatning må hensynet til arbeidstakers behov for stillingsvern her være avgjørende. En forståelse av praksisbegrepet hvor leger i spesialisering omfattes, vil etter mitt syn således ikke harmonere med arbeidsmiljølovens overordnede formål, som etter forarbeidene ikke skal gjøres til et økonomisk spørsmål.⁴⁰ Rettstilstanden må på dette punktet imidlertid anses uavklart, inntil en evt. tvist kommer inn for Høyesterett.

³⁸ Se bl.a. Jakhelln (2007) s. 252; ”*Dette er arbeid som er nødvendig i utdanningsøyemed, for eksempel for å komme inn på yrkesskole (...) eller for å kvalifisere seg (...) etter en utdanning.*”

³⁹ Artikkel fra Den norske legeforenings nyhetsarkiv

⁴⁰ Ot.prp.nr. 24 (2005-2006) s. 3

I Sykehuset Innlandet-dommen ble det videre lagt til grunn at vikarelementet i forhold til arbeidstakerens vikariat i 50 prosent stilling, mens han deltok i SEPREP-utdanningen, var ”klart mer fremtredende” enn praksiselementet. Stillingen var ikke øremerket studenter ved denne utdannelsen. Selv om det i tilsettingsbrevet ble understreket at ansettelsesforholdet var tilknyttet studietilbudet, vikarierte A til enhver tid for navngitte personer i stillingen, i en stilling som var finansiert med vikarmidler. Av dette kan det utledes at den midlertidige ansattes hovedtilknytning til virksomheten i utgangspunktet vil være avgjørende der arbeidsforholdet kan subsummeres under flere av alternativene i aml. § 14-9 første ledd.

6.3 Overgangsregler

Det fremgår av foredraget til ikrafttredelsesresolusjonen, kgl. res. 17. juni 2005 nr. 609, at fireårsregelen ikke får anvendelse overfor midlertidige arbeidsavtaler som løper på tidspunktet for lovens ordinære ikrafttreden. Dette innebærer at man ikke begynner å ”tjene opp” til fire års ansettelse fra 1. januar 2006, men først fra det eventuelle senere tidspunkt ny midlertidig ansettelsesavtale inngås.⁴¹ Videre følger det av foredraget at dersom et midlertidig ansettelsesforhold som løp ut etter ikrafttredelsestidspunktet fornyes, skal også ansettelsestid før lovens ikrafttreden regnes med.

7 Beregning av ansettelsestid – kravet om sammenhengende ansettelse

7.1 Presisering av begrepet ”sammenhengende”

For at rettigheter etter fireårsregelen skal inntre må arbeidstaker ha vært ”sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år”, jf. aml. § 14-9 femte ledd annet pkt. Begrepet ”sammenhengende” er imidlertid ikke presisert nærmere i lovteksten.

For det første må det avklares om tjenestetiden skal regnes fra ansettelsestidspunktet, altså fra det tidspunkt arbeidsavtalen inngås, eller fra det tidspunkt vedkommende tiltrer

⁴¹ Jakhelln og Aune (2006) s. 715

arbeidet.⁴² Ordlyden ”*har vært (...) ansatt*” trekker i retning av at ansettelsestidspunktet er avgjørende. Forarbeidene gir ikke avklaring på spørsmålet, det er dermed naturlig å se hen til formålet med bestemmelsen; å knytte rettsvirkninger til arbeidstakers *langvarige* tilknytningsforhold til virksomheten. Formentlig må dette lede til at ansettelsestiden først skal regnes fra tiltredelsestidspunktet.

Videre må det avgjøres *hvor* ansettelsestiden må være opptjent for at den skal kunne medregnes til opptjeningstiden. Ordlyden gir ikke avklaring på spørsmålet. Forarbeidene slår imidlertid fast at det er ansettelsesforholdet i ”*virksomheten*” som skal danne utgangspunktet for beregningen av tjenestetiden. Påfølgende midlertidige ansettelser i samme virksomhet skal således vurderes samlet.⁴³ Dette innebærer at det ikke er tjenestetiden i en bestemt stilling som er avgjørende, og at midlertidige ansettelser skal legges sammen ved beregningen, så lenge det er tale om en sammenhengende ansettelsestid. En arbeidstaker som hos en og samme virksomhet for eksempel først arbeider som vikar i to år, deretter blir ansatt i halvannet år for å utføre et bestemt oppdrag, for så igjen å arbeide som vikar i et halvt år, får således rett til stillingsvern som fast ansatt etter fireårsregelen.

Virksomhetsbegrepet er imidlertid ikke legaldefinert i arbeidsmiljøloven.⁴⁴ Heller ikke forarbeidene presiserer hva som menes med begrepet i relasjon til fireårsregelen, men det er antatt i juridisk teori at begrepet må fortolkes konkret i forhold til arbeidsmiljølovens ulike bestemmelser.⁴⁵ Som alminnelig regel vil det rettssubjekt som er arbeidsgiver være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet.⁴⁶ I mangel av andre holdepunkter må

⁴² Spørsmålet vil være aktuelt i situasjoner hvor det går en viss tid fra arbeidsavtalen inngås til tiltredelse finner sted.

⁴³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 333

⁴⁴ Det følger av aml. § 1-2 første ledd at hovedregelen er at arbeidsmiljøloven gjelder for enhver ”*virksomhet*” som sysselsetter arbeidstakere. I denne sammenheng er imidlertid begrepet i første rekke anvendt for å sette en nedre grense for hva som skal til for å dekkes av loven, jf. Fougner og Holo (2006) s. 54.

⁴⁵ Fougner og Holo (2006) s. 110

⁴⁶ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 74

derfor den alminnelige definisjonen av ”arbeidsgiver” i aml. § 1-8 annet ledd legges til grunn.⁴⁷ Dette innebærer at arbeidstaker som utgangspunkt må ha vært sammenhengende midlertidig ansatt hos en og samme arbeidsgiver i mer enn fire år for å oppnå rettigheter etter fireårsregelen.

For de tilfellene at en arbeidsgiver har flere virksomheter oppstår spørsmål om tjenesten skal være sammenhengende hos samme arbeidsgiver, eller i samme virksomhet. I juridisk teori er det antatt at fireårsregelen må forstås slik at sammenhengende tjeneste hos samme rettssubjekt må være avgjørende, selv om arbeidstakeren i praksis er ansatt eksempelvis i en virksomhets ulike avdelinger.⁴⁸

Vanskeligheter kan videre oppstå i konsernforhold, der arbeidstaker i løpet av fireårsperioden er ansatt i ulike, selvstendige virksomheter innenfor et konsern. Slike omplasseringer av arbeidstakere, for eksempel i forbindelse med omorganiseringer av konsernet, kan være aktuelle og hensiktsmessige i dagens arbeidsliv. Her oppstår spørsmål om tjenestetid i ulike virksomheter skal legges sammen ved beregningen av samlet ansettelsestid i relasjon til fireårsregelen. Det følger av forarbeidene at hovedregelen er at den enkelte virksomhet i et konsern er arbeidsgiver for sine arbeidstakere. Det er således denne virksomhet som er ansvarlig for de ulike kravene i loven.⁴⁹ Dette innebærer at tjeneste i ulike virksomheter i et konsern i utgangspunktet ikke vil være å anse som sammenhengende tjeneste.⁵⁰ I visse tilfeller har Høyesterett imidlertid kommet til at også morselskaper har et arbeidsgiveransvar overfor datterselskaper.⁵¹ I juridisk teori antas at tilsvarende synspunkter kan ha plass ved vurderingen av om tjeneste i konsernforhold skal anses som ”sammenhengende” i relasjon til fireårsregelen.⁵² Slik vil lovgrunnen bak

⁴⁷ Fougner og Holo (2006) s. 666

⁴⁸ Jakhelln og Aune (2006) s. 716

⁴⁹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 74

⁵⁰ Jakhelln og Aune (2006) s. 716

⁵¹ Se for eksempel Rt 1990 1126

⁵² Jakhelln og Aune s. 716

bestemmelsen – å hindre at arbeidstakere blir ansatt i midlertidige ansettelseskontrakter over et for langt tidsrom⁵³ – effektiviseres. Dersom arbeidstakeren for eksempel, etter å ha arbeidet tre og et halvt år i et selskap, omplasseres til en annen virksomhet innad i konsernet, taler hensynet til arbeidstakerens stillingsvern at han som følge av dette ikke bør ”miste” tre og et halvt års opptjeningsstid, ved å måtte begynne å ”tjene opp” til fire års ansettelse på nytt. Hensynet til innbyrdes konsekvens i regelverket trekker i samme retning. Etter reglene om oppsigelsesfrister i aml. § 15-3 annet og tredje ledd, er arbeidstakerens ”*sammenhengende*” ansettelse i ”*samme virksomhet*” avgjørende for oppsigelsesfristens lengde. Det følger av bestemmelsens sjette ledd at den tid arbeidstaker har vært ansatt i annen virksomhet innenfor konsern som arbeidsgiver tilhører, skal medregnes ved beregningen av ansettelsestiden. I forarbeidene til bestemmelsen angis at hovedregelen er at ”*det som for arbeidstakeren vil oppleves som en faktisk sammenhengende tilsetning i en virksomhet skal legges til grunn, uavhengig av formelle eierforhold m.v.*”⁵⁴ Også etter tjml. §§ 9 og 10 nr. 1 må tjenestetiden i utgangspunktet være avtjent ”*i virksomheten*”, dvs. i den virksomhet hvor vedkommende tjenestemann er tilsatt.⁵⁵ Her kan imidlertid annet fastsettes ved reglement, jf. tjml. § 9 annet ledd og tjml. § 10 nr. 1 annet ledd. Dette innebærer at det i virksomhetens personalreglement kan avtales at også tjenestetid fra annen virksomhet skal medregnes. Bakgrunnen for dette kan være at det foreligger en særlig nær tilknytning mellom de respektive virksomhetene,⁵⁶ eller ved overgang fra en virksomhet til en annen av helt samme art.⁵⁷

Verken arbeidsmiljølovens forarbeider eller rettspraksis gir avklaring på dette spørsmålet. Rettstilstanden må dermed anses uavklart. Jeg har imidlertid vanskeligheter med å se begrunnelser for at fireårsregelen i arbeidsmiljøloven ikke skal praktiseres likt som arbeidsmiljøloven og tjenestemannslovens bestemmelser på dette punktet. For det tilfelle at

⁵³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 218

⁵⁴ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 71

⁵⁵ Bjørnaraa (1999) s. 330

⁵⁶ Bjørnaraa (1999) s. 331

⁵⁷ Ot.prp.nr. 72 (1981-1982) s. 22

tjenestetid i ulike virksomheter innenfor et konsern ikke skulle legges sammen ved beregning av ansettelsestid etter fireårsregelen, ville arbeidsgiver kunne omgå stillingsvernet ved å tilby arbeidstaker arbeidsoppdrag i de forskjellige virksomhetene i konsernet. Etter min oppfatning bør derfor tjenestetiden i ulike konsernselskaper hensyntas ved beregningen av ”*sammenhengende*” ansettelsestid etter fireårsregelen.

Endelig bemerkes at tjenesten ved virksomhetsoverdragelse til ny arbeidsgiver vil bli å anse som sammenhengende. Dette følger av det faktum at det er selve arbeidsforholdet som overføres i slike situasjoner, jf. aml § 16-2.

7.2 Krav om tilknytning?

Det kan stilles spørsmål om det implisitt i kravet om ”*sammenhengende*” ansettelsestid etter fireårsregelen ligger et krav om at arbeidstaker må ha hatt en tilstrekkelig fast tilknytning til arbeidsgivers virksomhet, for at arbeidet kan gi grunnlag for opptjening til fireårsregelen. Alternativt om fireårsfristen heller begynner å løpe fra første ekstravakttime. Problemstillingen er aktuell bl.a. for midlertidige ansettelsesforhold som tilkallingsarbeid.⁵⁸

Tilkallings- eller tilsigelsesavtaler er ansettelsesavtaler som forutsetter at arbeidstaker skal tilkalles ved arbeidsgivers behov for å utføre kortvarig arbeid. Arbeidstaker blir i slike tilfeller ofte betegnet som ”tilkallingshjelp” eller ”ekstrahjelp”. Arbeidsmiljøloven gir ikke spesielle bestemmelser for slike arbeidsforhold, men det er alminnelig antatt at det rettsgyldig kan inngås tilkallingsavtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker i arbeidslivet, forutsatt at vilkårene for midlertidig ansettelse, jf. aml. § 14 9 første ledd, er til stede.⁵⁹ Tilkallingsarbeid som vikar hjemles i aml. § 14-9 første ledd bokstav b, mens tilkallingsarbeid for øvrig hjemles i bokstav a. Den formelle organiseringen av slike

⁵⁸ Tilsvarende vil problemstillingen være aktuell for midlertidige deltidsansatte, for eksempel der det mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er inngått en turnusavtale, hvor arbeidstaker skal arbeide hver tredje helg. Etter mitt syn gjør de samme hensynene seg gjeldende i forhold til slike avtaler, fremstillingen i dette avsnittet begrenses derfor til å hovedsakelig omhandle tilkallingsavtaler.

⁵⁹ Se for eksempel Prop. 104 L (2009-2010) pkt. 3.2.

avtaler varierer i praksis. I noen tilfeller inngås slike avtaler for hvert enkelt arbeidsoppdrag, mens i andre tilfeller inngås en ”rammeavtale” hvor arbeidsgiver tilbyr arbeidstaker arbeidsoppdrag ved behov.⁶⁰ Med mindre det i det konkrete tilfellet foreligger særlige holdepunkter for annet, er utgangspunktet at hvert enkelt arbeidsoppdrag av denne karakter anses som ett enkelt og separat ansettelsesforhold. Arbeidstaker har dermed verken rett eller plikt til fortsatt arbeid.⁶¹ I praksis vil slikt arbeid ofte arte seg som timebetalte arbeidsoppdrag, uten noe fast mønster og med ujevne opphold.⁶²

Lovens ordlyd gir ikke den nødvendige avklaring på spørsmålet hvorvidt sporadiske vakter i en tilkallingsavtale gir grunnlag for opptjening til fireårsregelen. Forholdet til tilkallingsavtaler er heller ikke særskilt vurdert i fireårsregelens forarbeider. Førstvoterendes uttalelse i Sykehuset Innlandet-dommens avsnitt 69, som fikk tilslutning av samtlige dommere, kan imidlertid trekke i retning av at kravet til sammenheng forutsetter et visst tilknytningskrav mellom arbeidstaker og arbeidsgiverens virksomhet. Retten tok her stilling til om arbeidstakerens ekstravakttimer og overtidarbeid skulle regnes med ved beregningen av ansettelsestiden etter fireårsregelen. Førstvoterende la vekt på at overtidarbeidet ble utført direkte i forlengelse av hospiteringsarbeidet og at ekstravaktene kom tilfeldig og spredt uten tilstrekkelig fast mønster i vaktene, og uttalte:

”Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om det aktuelle overtidarbeidet og ekstravaktene hadde tilstrekkelig omfang og hyppighet til å anses som sammenhengende på eget grunnlag. Avgjørende for meg er at arbeidet ikke kan vurderes løsrevet fra hospiteringen.”

Uttalelsen kan tale for at det derfor må kreves at arbeidet har fått en viss intensitet, slik at det er etablert et tilstrekkelig stabilt og hyppig tilknytningsforhold mellom arbeidstaker og

⁶⁰ Prop 104 L (2009-2010) pkt. 2.1

⁶¹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 179.

⁶² Søreide (2009) s. 158

virksomheten, før tilkallingsarbeid gir grunnlag for opptjening etter fireårsregelen.⁶³ På den annen side synes lovgrunnen bak fireårsregelen å vektlegge virksomhetens behov for arbeidskraft, og ikke arbeidstakers tilknytning til virksomheten. Dersom arbeidstakeren har vært ansatt i en og samme virksomhet i mer enn fire år indikerer dette normalt et stabilt behov for arbeidskraft i virksomheten.⁶⁴ Dette vedvarer også selv om tilknytningen mellom arbeidstakeren og virksomheten er variabel i intensitet og omfang. Arbeidsmiljølovens vernekarakter som sådan, taler tilsvarende for at også tilkallingshjelpere bør nyte av det stillingsvern som følger av fireårsregelen.

Spørsmålet om eksistensen av et tilknytningskrav bør også vurderes i lys av diskrimineringsreglene. Aml. § 13-1 tredje ledd, jf. første ledd, slår fast at det er forbudt å diskriminere deltidsansatte, både hva angår direkte, og indirekte diskriminering. Dersom det oppstilles krav om at arbeidet må ha en viss intensitet for å gi grunnlag for opptjening til fireårsregelen, kan dette etter omstendighetene for det første virke indirekte diskriminerende overfor arbeidstakere som er midlertidig ansatt på deltid, for eksempel tilkallingsvakter. Arbeidstakers vern mot diskriminering på grunn av kjønn reguleres i likestillingsloven, jf. aml. § 13-1 fjerde ledd, jf. likestillingsloven⁶⁵ ("likestl.") Ettersom kvinner arbeider mer deltid enn menn,⁶⁶ kan en slik regel også virke indirekte diskriminerende i forhold til kvinner, jf. likestl. § 3. Dette følger av at et slikt tilknytningskrav kan resultere i at deltidsansatte og kvinner i realiteten stilles dårligere med hensyn til stillingsvernsreglene, enn arbeidstakere som er midlertidig ansatt på fulltid.

Et tolkningsmoment kan være forståelsen av fireårsreglene i tjenestemannsloven, men heller ikke her er rettstilstanden klar. AAD har imidlertid uttalt at det ikke kan avtales ved reglement etter tjml. § 9 annet ledd eller tjml. § 10 nr. 1 annet ledd, at tjeneste som ikke

⁶³ Søreide (2009) s. 158

⁶⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 218

⁶⁵ Likestillingsloven av 9. juni 1978 nr. 45. En generell drøftelse av likestillingslovens bestemmelser, herunder lovens unntak, faller utenfor denne fremstillingen.

⁶⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 199

overstiger 15 timer per uke, eller hvor det utbetales mindre enn 15/40 av full lønn, ikke skal medregnes i tjenestetiden.⁶⁷ Uttalelsen trekker i retning av at avtalefestede minstegrenser med hensyn til tjenestens omfang ikke vil godtas etter tjenestemannsloven. Etter min oppfatning vil tilsvarende synspunkt kunne ha plass ved vurderingen etter arbeidsmiljølovens fireårsregel, da slike avtaler etter omstendighetene kan bryte med arbeidsmiljølovens ufravikelighetskrav, jf. aml. § 1-9.

Rettstilstanden på dette punktet må anses uavklart. Dersom spørsmålet blir aktualisert må det dermed trolig foretas en konkret vurdering av ansettelsesforholdet og kravet til sammenheng. Problemstillingen illustrerer at fireårsregelens krav til ”*sammenhengende*” ansettelsestid ikke er tilpasset denne typen arbeidsforhold. Ettersom når fristen begynner å løpe er av avgjørende betydning, bør lovgiver derfor ta stilling til dette spørsmålet i det videre lovgivningsarbeid. Etter mitt syn må det imidlertid kunne legges til grunn at dersom det implisitt i kravet til sammenhengende ansettelsestid foreligger et tilknytningskrav, må dette, i lys av ovennevnte likestillings- og vernehensyn, ikke vurderes strengt i forhold til arbeidstaker.

Et annet spørsmål i denne forbindelse er om en arbeidstaker med fast deltidsstilling, som i samme virksomhet passerer fire års midlertidig ansettelse, kan oppnå rettigheter i form av utvidet fast stilling, etter fireårsregelen. Spørsmålet er bl.a. aktuelt i tilfeller der arbeidstakeren påtar seg overtidarbeid utover den faste deltidsstillingen. Spørsmålet er ikke behandlet i forarbeidene, og etter hva jeg kan se, heller ikke i rettspraksis.⁶⁸ Også dette spørsmålet må dermed anses uløst. Dersom det må anses å foreligge et krav om tilstrekkelig fast tilknytning mellom arbeidstaker og arbeidsgivers virksomhet, før det midlertidige arbeidet gir grunnlag for opptjening etter fireårsregelen, vil det formodentlig være avgjørende om det midlertidige arbeidet kan vurderes løstrevet fra den faste stillingen, og dermed anses som sammenhengende på eget grunnlag. Dersom dette ikke er tilfellet må

⁶⁷ AADs sak 92/774

⁶⁸ Jeg legger her til grunn at Sykehuset Innlandet-dommen ikke er direkte overførbar.

det midlertidige arbeidet trolig regnes som merarbeid i forlengelse av den faste deltidsstillingen, og dermed ikke gi grunnlag for opptjening etter fireårsregelen.

Forutsatt at det kreves en viss tilknytning mellom arbeidstaker og bedriften, vil det videre oppstå spørsmål om hvor den nedre grensen for den tilknytning som kreves går. Det ble ikke forsøkt å gjøre presiseringer på dette punktet i Sykehuset Innlandet-dommen, og rettstilstanden må anses uavklart. I denne avhandlingen vil spørsmålet, av plasshensyn, ikke drøftes nærmere.

7.3 Betydningen av avbrudd

Det er ikke tvilsomt rettslig sett at fravær, for eksempel på grunn av sykdom, permisjon eller permittering, ikke avbryter ansettelsesforholdet, og dermed heller ikke ansettelsestiden.⁶⁹ Dersom arbeidsforholdet formelt består vil arbeidstakers fravær altså ikke avbryte ansettelsestiden. Problemstillingen i dette avsnittet er derfor betydningen av arbeidstakers fravær mellom to ulike ansettelsesforhold.

7.3.1 Avbrudd mellom to ulike ansettelsesforhold

Et sentralt spørsmål ved beregning av ansettelsestid etter fireårsregelen er hvor lang tid det kan gå mellom to ulike ansettelsesforhold før ansettelsestiden ikke lenger kan regnes som ”*sammenhengende*” etter fireårsregelen. Dersom avbruddet mellom ansettelsesforholdene skal anses som brudd på kravet til sammenheng, innebærer dette at fireårsfristen begynner å løpe på nytt ved arbeidstakers gjeninntredelse i arbeidet.

Ordlyden gir ikke avklaring på spørsmålet, men det følger av forarbeidene at kravet til ”*sammenhengende*” ansettelsestid innebærer at ansettelsesforholdet i utgangspunktet skal være uavbrutt.⁷⁰ I forbindelse med forslag om innføring av fireårsregelen i aml. (1977) i Ot.prp.nr. 12 (2003-2004) s. 21, kommenteres kravet til sammenheng slik:

⁶⁹ Prop. 104 L (2009-2010) pkt. 4.1

⁷⁰ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 219 og s. 333

”Mindre avbrudd mellom to midlertidige ansettelsesforhold må derimot kunne tolereres. Det vil bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet, om kravet til ”sammenhengende” er oppfylt eller ikke. Ved tolkningen av den tilsvarende formuleringen i tjenestemannsloven er det i forvaltningspraksis lagt til grunn en analogi fra folketrygdloven slik at avbrudd mindre enn 14 dager ikke avbryter ansettelsesforholdet. Dette må også være et utgangspunkt for tolkningen av den foreslåtte bestemmelsen i arbeidsmiljøloven.”

Proposisjonen ble senere trukket tilbake i påvente av Arbeidslivslovutvalgets utredning. Formuleringen er imidlertid gjentatt i Arbeidslivslovutvalgets merknader til lovteksten, jf. NOU 2004:5 s. 562. I den påfølgende proposisjon, Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 219 og s. 333, gjentas de to første setningene, men henvisningen til 14-dagerspraksisen etter tjenestemannsloven er utelatt. Spørsmålet om hvor lang tid det kan gå mellom to ulike ansettelsesforhold før kravet til sammenheng skal regnes som avbrutt er ikke kommentert i den videre lovgivningsprosess.

Trolig kan det ikke legges til grunn at den manglende henvisningen til praksis etter tjenestemannsloven i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) var et resultat av at man mente at denne 14-dagersgrensen ikke lenger var anvisende. Denne proposisjonen ble utformet med det mål for øye å harmonisere stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven. Fireårsregelen i arbeidsmiljøloven ble utformet etter mønster av tjenestemannslovens fireårsregel,⁷¹ og man valgte å bruke begrepet ”sammenhengende”, som tilsvarer tjenestemannslovens ordlyd.

Som nevnt i punkt 4 ble den planlagte harmoniseringen av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven, som ble foreslått i Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), reversert før loven trådte i kraft. Dette kan tale for at den planlagte harmoniseringen var en forutsetning for at forståelsen av begrepet ”sammenhengende” skal forstås slik forarbeidene

⁷¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 218

gir anvisning på, noe som trekker i retning av at rettskildevekten av uttalelsene dermed er svekket. Dette til tross for at praksis etter tjenestemannsloven ble først nevnt som veiledende i Ot.prp.nr. 12 (2003-2004), hvor harmoniseringen ennå ikke var et tema. På den annen side er forståelsen av uttrykket ikke er kommentert i senere forarbeider, heller ikke i det nyeste lovforslaget i Prop. 104 L (2009-2010), noe som ville vært naturlig dersom man nå hadde ønsket hadde endringer i forståelsen av uttrykket. Forarbeidenes utgangspunkt om at avbrudd som varer kortere enn 14 dager ikke avbryter kravet til sammenheng, må etter min oppfatning dermed fortsatt være veiledende.

Dette utgangspunktet har også støtte i forarbeidene til folketrygdlovens⁷² (”ftrl.”) tidligere bestemmelser om sykepenger, hvor det heter:

”I henhold til langvarig og sikker praksis anses et arbeidsforhold som opphørt i relasjon til reglene om sykepenger ved midlertidige avbrudd i arbeidsforholdet på mer enn 14 dager.”⁷³

En slik forståelse harmonerer med gjeldende praksis etter tjenestemannslovens fireårsregler, jf. SPH pkt. 2.8.4. Av denne bestemmelsen følger det at Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet har ”antatt at mye taler for å anvende bestemmelsen i folketrygdloven § 8-24 analogisk.” Etter ftrl. § 8-24 anses tjenesten likevel som sammenhengende ved en kortvarig avbruddsperiode på inntil 2 uker. Likedan uttalte AAD i sin tid at det ved tolkningen av tjml. § 10 nr. 1 var grunn til å anvende folketrygdlovens regler, om rett til sykepenger, jf. ftrl. § 8-15, og rett til å nytte egenmelding, jf. ftrl. § 8-24, analogisk. I flere saker la departementet til grunn at retten til sykepenger i utgangspunktet faller bort når arbeidsforholdet avbrytes i ”mer enn 14 dager”, og at tidligere arbeidsforhold regnes med til opptjeningstiden for rett til å benytte egenmelding ved gjenansettelse ”innen to uker”.⁷⁴ I AADs sak 98/3572 ble det uttalt at

⁷² Folketrygdloven av 28. februar 1997 nr. 19

⁷³ Ot.prp.nr. 19 (1989-1990) s. 8

⁷⁴ Se AADs saker 90/2800 og 98/3572

avbruddet måtte vare mer enn 14 kalenderdager for å avbryte tjenestetiden etter tjenestemannslovens bestemmelser, med andre ord slik at ansettelsesforholdet ikke skulle anses for å være avbrutt dersom vedkommende gjeninntreder den 15. kalenderdagen.

I juridisk teori er det antatt at 14-dagersgrensen må være veiledende også i forhold til arbeidsmiljølovens fireårsregel. Jakhelln/Aune legger således forarbeidenes utgangspunkt til grunn.⁷⁵ Tilsvarende uttales av Fougner/Holo.⁷⁶ Dette innebærer at en arbeidstaker som opprinnelig har et vikariat for ett år, men som tiltrer et nytt vikariat hos samme arbeidsgiver mindre enn 14 dager etter opphøret av det første vikariatet, fortsatt vil ha et ”*sammenhengende*” ansettelsesforhold etter fireårsregelen. Det kan neppe avtales at avbrudd på mindre enn 14 dager skal avbryte den sammenhengende tjenesten. En slik avtale vil være i arbeidstakers disfavør, og således stride mot arbeidsmiljølovens ufravikelighetskrav, jf. aml. § 1-9.

I Sykehuset Innlandet-dommen nevner imidlertid førstvoterende at i forhold til sykefravær som skal gå til fradrag ved beregningen av tjenestetidens lengde, synes den antydende grensen på 14 dager ”å være for knapp”. Selv om uttalelsen gjelder fradragsspørsmål,⁷⁷ er det vist til forarbeidenes uttalelse om at avbrudd mindre enn 14 dager ikke avbryter ansettelsesforholdet. Etter mitt syn kan dette tyde på at heller ikke avbrudd i tjenesten ned mot 14 dager vil avbryte ansettelsesforholdet i relasjon til fireårsregelen etter gjeldende rett. Hvor den nedre grensen går ble imidlertid ikke forsøkt presisert i Høyesteretts dom, og kan dermed ikke sies med sikkerhet. Spørsmålet må anses uløst.

Selv om det rettslige utgangspunktet dermed er at fravær ned mot 14 dager ikke avbryter kravet til sammenhengende ansettelsestid, er det imidlertid ingen automatikk i at fravær som er lengre enn 14 dager medfører at ansettelsesforholdet skal anses avbrutt.⁷⁸ Dette

⁷⁵ Jakhelln og Aune (2006) s. 715

⁷⁶ Fougner og Holo (2006) s. 667

⁷⁷ Se nærmere om fradragsspørsmål i punkt 8.

⁷⁸ Jakhelln og Aune (2006) s. 715

følger av den totalvurderingen av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet som forarbeidene forutsetter at skal foretas. 14-dagersgrensen er dermed kun et veiledende prinsipp i forhold til arbeidsmiljølovens fireårsregel. Spørsmålet om fravær lengre enn 14 dager avbryter ansettelsesforholdet må derfor vurderes konkret i den enkelte sak, i lys av de faktiske omstendigheter. Denne fremstillingen begrenses til å omtale enkelte typetilfeller.

Ved lengre avbrudd i tilfeller hvor det mellom partene er klart forutsatt at arbeidstaker skal reengasjeres innen rimelig tid, vil kravet til sammenheng antakelig være oppfylt.

Illustrerende er avgjørelsen fra Agder lagmannsrett av 2. november 2009.⁷⁹ Saken gjaldt en arbeidstaker som hadde arbeidet i gjennomsnitt ca. 80 prosent stilling i syv år. Et avbrudd i ansettelsesforholdet på nesten fire måneder etter arbeidstakerens egen oppsigelse, forhindret etter omstendighetene ikke at kravet til sammenheng var tilfredsstilt, og arbeidstakeren ble å regne som fast ansatt etter fireårsregelen. Retten understreket at begge partene forutsatte at arbeidstakeren ville begynne i arbeid igjen etter fraværet. Det forhold at arbeidsgiveren hadde ringt arbeidstakeren under vedkommendes fravær underbygget etter rettens syn ”at forholdet mellom partene i realiteten langt fra var opp og avgjort”.

Etter min oppfatning kan det utledes av dommen at dersom arbeidsforholdet ikke er av varig og løpende karakter, men i stedet avhenger av arbeidsgiverens stadige vilje og behov for arbeidstakeren (for eksempel tilkallingsvakter som tilkalles ved arbeidsgivers behov), vil den nedre grense for hva som avbryter kravet til ”*sammenhengende*” ansettelsestid i relasjon til fireårsregelen måtte vurderes strengere. Det må altså legges vekt på om arbeidsforholdet forutsetningsvis er av varig karakter. Til støtte for dette taler forarbeidenes forutsetning om at tilkallingsavtaler som utgangspunkt skal anses som enkelte og separate arbeidsoppdrag, uten rett og plikt til fortsatt arbeid.⁸⁰ Det kan imidlertid ikke trekkes den konklusjon at det foreligger et absolutt krav til *plikt* til arbeid, for at opphold lengre enn 14 dager ikke vil avbryte kravet. Dette harmonerer med den forståelse som er lagt til grunn i forvaltningspraksis er vedrørende tjenestemannslovens bestemmelser. I AADs sak 90/2800

⁷⁹ LA-2009-57115

⁸⁰ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 179

uttalte departementet at dersom en midlertidig tjenestemann har opphold i tjenestetiden på mer enn 14 dager, men gjør sporadisk tjeneste i den mellomliggende perioden, skal tjenesten likevel anses sammenhengende, forutsatt at tjenestemannen har plikt til slikt oppmøte, og at tjenesteavbruddet mellom de sporadiske vaktene ikke varte mer enn 14 dager.

Når det gjelder vurderingen av feriefravær gir forarbeidene heller ikke her avklaring. Spørsmålet er imidlertid behandlet i Hålogaland lagmannsretts dom av 5. januar 2009.⁸¹ Her tok lagmannsretten stilling til om kravet til ”*sammenhengende*” ansettelse etter fireårsregelen i arbeidsmiljøloven var oppfylt for en overlege som hadde flere suksessive, midlertidige ansettelser ved et sykehus, avbrutt med henholdsvis seks, fire, fem og seks uker. Arbeidstakeren hadde etter eget ønske arbeidet kortere og intensive perioder. Lagmannsretten konkluderte med at de fire avbruddene ikke var til hinder for at kravet til sammenhengende ansettelsestid var oppfylt, da fraværet hadde karakter av ferie, som ikke gikk utover den vanlige tidsmessige rammen for avvikling av ferie hos arbeidsgiveren. Det ble videre lagt vekt på at varigheten og arbeidsbelastningen i vaktperiodene tilsa at det også innenfor rammen av et fast ansettelsesforhold ville vært nødvendig med lengre avspaseringsperioder. Retten uttalte således:

”En forståelse av arbeidsmiljøloven 14-9 (5) annet punktum som innebærer at normal ferieavvikling i et ellers uavbrutt ansettelsesforhold skulle diskvalifisere den ansatte fra den beskyttelse som følger av bestemmelsen, ville innebære at bestemmelsens anvendelsesområde begrenses til helt særegne tilfeller.”

En slik forståelse harmonerer med bestemmelsene i ferieloven⁸² (”feriel.”), som griper inn i kontraktsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og setter minimumskrav.⁸³ Ferietid er et primært hensyn, som tilgodeser både den enkelte arbeidstaker og samfunnet for øvrig.

⁸¹ RG-2009-11

⁸² Ferieloven av 29. april 1988 nr. 21

⁸³ Dege (2009) s. 339

Dette kommer til uttrykk i lovens system vet at arbeidstaker i utgangspunktet har plikt til å ha ferie, og at arbeidsgiver skal sørge for at arbeidstaker gis feriefritid på 25 virkedager hvert ferieår, jf. feriel. § 5 første ledd. Etter mitt syn ville det dermed ville det derfor være svært urimelig om ordinær feriefritid, hjemlet i lov eller tariffavtale, skulle avbryte ansettelsesforholdet i relasjon til fireårsregelen. Arbeidstakers plikt til ferie innebærer at en slik løsning til og med i kan være ulovlig.

Lagmannsrettens klare konklusjon, samt ovennevnte hensyn, innebærer at mellom to midlertidige ansettelsesforhold vil verken avbrudd med karakter av ferie, eller avbrudd som tilsvarende normale avspaseringsperioder i det konkrete arbeidsforholdet, innebære brudd på kravet til ”*sammenhengende*” ansettelsestid. Det må dermed kunne slås fast at domstolene ved fremtidig praktisering av fireårsregelen vil se bort fra slike avbrudd ved beregningen etter fireårsregelen.

7.3.2 Adelener-dommen

EU-domstolens avgjørelse av 4. juli 2006, Adelener-dommen,⁸⁴ kan være av interesse for fremtidig praktisering av kravet til ”*sammenhengende*” ansettelsestid etter fireårsregelen.

Domstolen tok her stilling til om en dagjeldende gresk bestemmelse, som slo fast at midlertidige arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold bare skulle anses som ”*gjentatte*” når det høyst var 20 dager som atskilte dem, var i strid med direktivet om midlertidig ansettelse.⁸⁵ Bestemmelsen innebar at dersom det var minst 21 dager mellom arbeidsavtalene eller ansettelsesforholdene, var det tillatt med ubegrenset fornyelse av de midlertidige kontraktene, uten at arbeidstaker skulle bli å anse som fast ansatt.

Retten drøftet spørsmålet med henblikk på rammeavtalens formål i artikkel 1 bokstav b og artikkel 5 nr 1 bokstav b, å hindre misbruk som følge av gjentatt midlertidig ansettelse. Etter direktivets artikkel 5 nr. 2 bokstav a kan medlemsstatene selv fastsette når

⁸⁴ C-212/04

⁸⁵ Rådsdirektiv 99/70/EF

midlertidige arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold skal anses som ”gjentatte” (”successive”). Domstolen la til grunn at en 20-dagersgrense måtte anses for å skade formålet og hensikten med, samt den effektive virkning, av rammeavtalen, og uttalte:

”(...) so inflexible and restrictive a definition of when a number of subsequent employment contracts are successive would allow insecure employment of a worker for years since, in practice, the worker would as often as not have no choice but to accept breaks in the order of 20 working days in the course of a series of contracts with his employer.”

Det ble således slått fast at:

“(...) clause 5 of the Framework Agreement is to be interpreted as precluding a national rule, such as that at issue in the main proceedings, under which only fixed-term employment contracts or relationships that are not separated from one another by a period of time longer than 20 working days are to be regarded as “successive” within the meaning of that clause.”

Dommen ble avsagt på grunnlag av daværende rettstilstand i Hellas, hvor både ”lufting”⁸⁶ av midlertidig ansatte arbeidstakere var tillatt,⁸⁷ og hvor nærmere angitte objektive grunner var ansett tilstrekkelig for en ubegrenset adgang til fornyelse av midlertidige ansettelser.

Slik er ikke situasjonen i norsk arbeidsrett. Aml. § 14-9 første ledd, og den ulovfestede læren om rett til fast stilling ved dekning av varige behov, legger sterke begrensninger på både adgangen til inngåelse, og forlengelser, av midlertidige ansettelser. Disse forskjellene i gresk og norsk rettstilstand innebærer at dommen har mindre overføringsverdi, og dommen kan således ikke uten videre begrunne at det vil være i strid med direktivet å anse opphold ned mot 14 dager som brudd på kravet til ”sammenhengende” ansettelsestid etter fireårsregelen.

⁸⁶ Se nærmere om ”lufting” av arbeidstakere i punkt 7.3.3.

⁸⁷ Søreide (2009) s. 157

Etter min oppfatning bør imidlertid domstolens uttalelser om at en ufleksibel og uttømmende grense for hva som skal anses som brudd mellom ansettelseskontrakter, likevel merkes. Dette tilsier at en totalvurdering av ansettelsesforholdet må foretas for at slike relative kortvarige avbrudd skal virke avbrytende i forhold til fireårsregelen, for at den norske bestemmelsen ikke skal være i strid med direktivet.

7.3.3 "Lufting" av arbeidstakere

Et praktisk viktig spørsmål er om kravet til "*sammenhengende*" ansettelsestid etter fireårsregelen skal anses avbrutt dersom arbeidsgiver avslutter arbeidsforholdet rett før fireårsmerket nås, for å deretter reansette vedkommende etter en kortere periode. Bakgrunnen for spørsmålet er at fireårsregelen i tjenestemannsloven har vist seg å bli praktisert slik, herav uttrykket "tjenestemenn på lufting".

Ordlyden i aml. § 14-9 femte ledd gir ikke anvisning på hvordan slike tilfeller skal behandles, og temaet er heller ikke særskilt kommentert i fireårsregelens forarbeider. Det er dermed naturlig at slike situasjoner må behandles på samme måte som avbrudd i ansettelsesforhold for øvrig. Ved spørsmålet om kravet til "*sammenhengende*" ansettelsestid er oppfylt eller ikke, må det derfor foretas en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet.⁸⁸ Ved "lufting" av arbeidstakere vil særlig begrunnelsen for avbruddet stå sentralt i denne vurderingen. Dersom avbruddet utelukkende er begrunnet i arbeidsgivers ønske om å forhindre at arbeidstaker oppnår rett til fast ansettelse, vil dette innebære undergraving av de hensyn som ligger til grunn for fireårsregelen, nemlig å begrense midlertidige ansettelser og varigheten av disse.⁸⁹ Ved vurderingen vil det antagelig også være av betydning hvorvidt det fortsatt er behov for arbeidstakers tjeneste. I tilfeller der arbeidsgiver kan påvise en saklig grunn for avbruddet, for eksempel at begrunnelsen for avbruddet, og dermed en senere nyansettelse, er

⁸⁸ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 219 og s. 333

⁸⁹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 218

er bedriftens økte oppdragsmengde, vil avbruddet trolig ikke avbryte kravet til en sammenhengende ansettelsestid. Dersom arbeidstaker derimot gjenansettes for å videreføre det samme arbeid, må det etter min oppfatning kunne legges til grunn at avbruddet ikke vil avbryte kravet til sammenheng. Med andre ord må det formodentlig kreves at avslutningen av arbeidsforholdet er begrunnet i virksomhetens forhold, og manglende behov for vedkommendes arbeidsinnsats, for å kunne anse slike situasjoner som avbrudd i tjenesten. Videre ville det tale mot lovens formål om korte avbrudd som arrangeres for å omgå stillingsvernsreglene, skulle virke avbrytende i forhold til bestemmelsen.⁹⁰ En slik praktisering av regelen vil være i strid med bestemmelsens formål, og bør ikke aksepteres. Således er det også i juridisk teori lagt til grunn at ”lufting” i en ellers sammenhengende ansettelsestid ikke vil avbryte kravet til sammenheng.⁹¹

En forståelse av fireårsregelen slik at ”lufting” ikke vil avbryte kravet til sammenhengende ansettelsestid, harmonerer med den forståelse som er lagt til grunn vedrørende tjenestemannslovens fireårsregler. Selv om ordlyden i tjml. §§ 9 og 10 nr. 1 ikke inneholder særskilte anvisninger på hvordan ”lufing” skal behandles, følger av forarbeidende til tjenestemannsloven at loven viderefører tidligere forskriftsregulerte bestemmelser om at midlertidighet under visse forhold i realiteten går over til fast tilsetting, bl.a. når en midlertidig tjenestemann blir reengasjert.⁹² Spørsmålet om ”lufting” av tjenestemenn er behandlet i Oslo tingrett i dom av 28. januar 2008.⁹³ Her kom retten til at en tjenestemann, som hadde vært midlertidig tilsatt i åtte år, kun med et avbrekk på 26 dager, hadde opparbeidet seg sterkt oppsigelsesvern, jf. tjml. § 10 nr. 1. Tingretten la til grunn at avbruddet i tjenesten var blitt foretatt av arbeidsgiver ene og alene for å hindre tjenestemannen fra å oppnå sterkt oppsigelsesvern. Tjenesteavbruddet var således ikke reelt. Bestemmelsene i tjenestemannsloven er også i forvaltningspraksis blitt tolket og praktisert dit hen at ”lufting” i stillingen, for å omgå reglene om oppsigelsesvern, ikke vil

⁹⁰ Fougner og Holo s. 667

⁹¹ Engelsrud (2009) s. 111 og Borgerud (2007) s. 253

⁹² Ot.prp.nr. 72 (1981-1982) s. 8-9

⁹³ TOSLO-2007-99956

virke avbrytende. I flere saker har AAD uttalt at arbeidsgivers forsøk på å konstruere avbrekk i tjenestetiden vil være i strid med loven, og således ikke innebære avbrudd i relasjon til kravet til sammenhengende tjeneste.⁹⁴ Tilsvarende er lagt til grunn i juridisk teori.⁹⁵

Gjeldende rett etter tjenestemannsloven er altså at ”lufting” av tjenestemenn ikke vil innebære avbrudd på kravet til sammenhengende tjenestetid. Det er neppe grunnlag for å konkludere med at arbeidsmiljølovens fireårsregel skal forstås annerledes enn fireårsregelen etter tjenestemannsloven på dette punktet. Etter min vurdering vil den helhetsvurderingen av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet, som forutsettes i forarbeidene, stenge for at slike tilfeller kan godtas. Det må dermed kunne legges til grunn at domstolen vil skjære gjennom omgåelsestilfeller, hvor avbrudd er konstruert av arbeidsgiver utelukkende med det formål å forhindre at arbeidstaker oppnår rett til fast ansettelse. Slike forsøk på omgåelse av loven vil således være rettsstridige, og medføre at kravet til ”*sammenhengende*” ansettelsestid etter fireårsregelen ikke skal anses avbrutt.

8 Beregning av ansettelsestid – fradrag for fravær

8.1 Utgangspunkt

Der arbeidstaker har hatt midlertidig fravær i arbeidsforholdet, uten at avbruddet kan karakteriseres som brudd på kravet til ”*sammenhengende*” ansettelsestid, oppstår det spørsmål *hvorvidt* fraværet skal gå til fradrag i beregningen etter fireårsregelen, herunder *når* det evt. skal gjøres slikt fradrag.

Fradragsspørsmål aktualiseres i to typetilfeller. For det første ved arbeidstakers fravær i et bestående midlertidig arbeidsforhold. Eksempelvis kan nevnes tilfellet der arbeidstakeren

⁹⁴ Se bl.a. AAD 93/2098 og AAD 93/3197

⁹⁵ Bjørnaraa (1999) s. 332

er midlertidig ansatt i tre og et halvt år som vikar, for så å ta ett års permisjon. Når arbeidstakeren så gjeninntre i arbeidet oppstår det spørsmål om vedkommende enten skal anses å være fast ansatt, eller om fraværet skal gå til fradrag, slik at arbeidstakeren må arbeide et halvt år til for å oppnå rettigheter etter fireårsregelen. I dette avsnittet drøftes i punkt 8.2 spørsmålet om hvorvidt det eksisterer en generell fradragsregel, før fradragsspørsmålet i punkt 8.3 vurderes i forhold til ulike former for fravær hvor særlige hensyn gjør deg gjeldende.

For det andre kan fradragsspørsmålet oppstå der det er korte avbrudd mellom to ulike ansettelsesforhold. For eksempel der arbeidstakeren først er ansatt som vikar i en virksomhet i ett år, og kort tid etter opphøret av dette vikariatet tiltrer en midlertidig stilling med hjemmel i § 14-9 første ledd bokstav a, i samme virksomhet. I slike tilfeller må det avgjøres om ansettelsestiden som vikar skal regnes med i grunnlaget for opptjening til fireårsregelen, eller om arbeidstakeren må begynne å ”tjene opp” til en ny fireårsperiode. Dette spørsmålet vurderes i punkt 8.4. I punkt 8.5 drøftes situasjonen der ansettelse etter hjemler som ikke omfattes av fireårsregelen, inngår i et lengre midlertidig ansettelsesforhold.

8.2 Eksistensen av en fradragsregel

Vilkåret for at rettsvirkninger etter fireårsregelen skal inntre er at arbeidstaker må ha vært ”*sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år*”, jf. aml. § 14-9 femte ledd annet pkt. Etter bestemmelsens ordlyd synes arbeidstakers fravær ikke å skulle ha relevans i denne forbindelse. En arbeidstaker vil være ”*ansatt*” i arbeidsmiljølovens forstand, selv om vedkommende for eksempel er sykemeldt eller i permisjon. Slik fremstår fradrag i opptjeningsperioden for arbeidstakers fravær som en innskrenkende fortolkning av ordlyden, til arbeidstakers ugunst. Hensynet til innbyrdes konsekvens i arbeidsmiljøloven taler for at ordlyden skal tolkes i samsvar med aml. § 15-3 annet ledd, hvorefter oppsigelsesfristens lengde avgjøres av hvor lenge arbeidstakers har vært ”*ansatt (...)* *sammenhengende*”. Denne bestemmelsen viderefører aml. (1977) § 58 nr. 1-8.⁹⁶ I

⁹⁶ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 335

sistnevntes bestemmelses forarbeider er det lagt til grunn at fravær på grunn av bl.a. permisjon, sykdom, forbigående driftsstans og lignende ikke kommer til fradrag i ansettelsestiden, så lenge arbeidsforholdet formelt består.⁹⁷ Det ble videre vist til bestemmelsen i aml. § 15-3 da Arbeids- og inkluderingsdepartementet i brev av 14. juni 2006⁹⁸ til Likestillings- og diskrimineringsdepartementet, la til grunn at fravær i form av sykdom, permisjon mv. ikke skal komme til fradrag i relasjon til arbeidsmiljølovens fireårsregel. Fra et lovteknisk synspunkt er det dermed uheldig om begrepet ”*sammenhengende*” skal fortolkes forskjellig i de to ulike bestemmelsene.

I arbeidsmiljølovens forarbeider er det imidlertid gjennomgående lagt til grunn at det skal gjøres fradrag for arbeidstakers fravær. I Ot.prp.nr. 12 (2003-2004) s. 21 heter det således:

”Fravær i form av sykdom, permisjoner, militærtjeneste mv. hvor ansettelsesforholdet består avbryter ikke ansettelsesforholdet, men skal normalt gå til fradrag ved beregning av ansettelsesforholdets lengde. Kortere sykdomsfravær og ferie vil imidlertid ikke gå til fradrag ved beregning av ansettelsesforholdets lengde.”

Som nevnt i punkt 7.3.1 ble proposisjonen senere trukket tilbake. Formuleringen i proposisjonens første setning er imidlertid gjentatt ordrett i forarbeidene til aml. (2005), både i den etterfølgende utredning (NOU 2004:5 s. 562) og proposisjon (Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 333).

Ordlyden ”mv.” gjør det imidlertid noe uklart hvilke typer fravær som etter forarbeidene skal gå til fradrag ved beregning av ansettelsestidens lengde. Et tolkningsalternativ er at begrepet kun refererer seg til begrepet ”*militærtjeneste*”. Arbeidsmiljølovens tilsvarende ordlyd i §§ 12-12 og 15-10 (om rett til permisjon og særlig oppsigelsesvern) gir støtte for en slik fortolkning. Etter disse bestemmelsene brukes formuleringen ”*militærtjeneste mv.*” for å hen vise til ulike former for militærtjenester. Dersom en slik fortolkning legges til

⁹⁷ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 70

⁹⁸ Snr. 200603133

grunn innebærer formuleringen at det kun er fravær i form av sykdom, permisjoner og ulike typer av militærtjenester som skal gå til fradrag. Et annet tolkningsalternativ er at begrepet ”mv.” henspiller på hele formuleringen. En slik fortolkning innebærer at de nevnte fraværformene kun er opplistet som eksempler, og ikke som en uttømmende oppregning av former for fravær som skal gå til fradrag. Ved å legge til grunn dette tolkningsalternativet, skal passusen altså ikke tolkes antitetisk eller innskrenkende, og det vil være rom for at formuleringen omfatter andre former for fravær enn sykdom, permisjoner og militærtjeneste.

Utsagnet er gjentatt flere ganger i fireårsregelens forarbeider over tid, uten at det har blitt kommentert nærmere hva som skal forstås med ”mv.” og med at fravær ”normalt” skal gå til fradrag. Etter min oppfatning tyder dette på at spørsmålet om uttalelsens nærmere innhold ikke er viet betydelig oppmerksomhet i forarbeidene. Jeg antar imidlertid at begrepet ”mv.” skal forstås som en ikke-uttømmende oppregning, og at begrepet ”normalt” innebærer at det vil være opp til domstolen i det konkrete tilfelle å avgjøre fradragsspørsmålet i det konkrete tilfellet. Disse fortolkningene gjør en fradragbestemmelse mer smidig, og åpen for situasjonsbetingede vurderinger hvor Høyesterett, litteratur og evt. også den enkelte arbeidsgiver, kan foreta en konkret vurdering av *hvilke* former for fravær som kvalifiserer for fradrag, og *hvorvidt* fraværet skal gå til fradrag i den enkelte situasjon. Etter min vurdering er dermed naturlig at det var dette man mente da uttalelsene ble utformet.

I likhet med drøftelsen i punkt 7.3.2 oppstår det her spørsmål om reverseringen av den planlagte harmoniseringen av stillingsvernsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven, som forslaget i Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) tok sikte på, får betydning for rettskildevekten av de nevnte uttalelsene i forarbeidene. Selv om det ikke fremgår eksplisitt av forarbeidene at utsagnene er knyttet opp mot tjenestemannslovens regler, harmoniserer den praksis forarbeidene gir anvisning på med forvaltningspraksis etter tjenestemannslovens fireårsregler, jf. tjml. §§ 9 og 10 nr. 1. I forhold til disse bestemmelsene er det kun faktisk tjeneste som medregnes til tjenestetiden, og alt fravær går

i utgangspunktet til fradrag.⁹⁹ Dette trekker i retning av at uttalelsene har sammenheng med tjenestemannslovens regler, og at den planlagte harmoniseringen således var en forutsetning for at begrepet ”*sammenhengende midlertidig ansatt*” skal forstås slik forarbeidene gir anvisning på.

I Sykehuset Innlandet-dommen ble det av flertallet imidlertid lagt betydelig vekt på uttalelsene i forarbeidene ved fortolkningen av fireårsregelen, da Høyesterett tok stilling til hvorvidt arbeidstakerens sykefravær skulle gå til fradrag ved beregningen av sammenhengende ansettelsestid. Arbeidstakeren i saken hadde etter Høyesteretts syn i tre år og syv måneder vært i sammenhengende midlertidig arbeid i da han ble sykemeldt i ca ett år, uten å senere returnere til stillingen. Avgjørende for hans rett til fast ansettelse etter fireårsregelen var dermed om sykemeldingsperioden skulle regnes med i opptjeningsgrunnlaget. Til tross for prinsipiell dissens på dette spørsmålet, fikk førstvoterende gjennomslag for sitt syn på at langvarig sykefravær ikke skal telle med i opptjeningsgrunnlaget til fireårsregelen. A fikk dermed ikke krav på fast ansettelse.

Førstvoterende fant støtte for sitt syn på at forarbeidene ikke var av svekket rettskildemessig verdi i bakgrunnen for reverseringen; nemlig at den nye regjeringen mente at adgangen til bruk av midlertidig ansettelse var blitt for vid, men ikke at man også ønsket endringer i forståelsen av kravet ”*sammenhengende*” midlertidig ansatt. På denne bakgrunn ble det uttalt:

”Når lovens ordlyd gir rom for flere tolkningsuttalelser, vil klare uttalelser i forarbeidene normalt måtte tillegges stor vekt. Dette gjelder ikke minst i et tilfelle som dette hvor uttalelsene er gjentatt flere ganger i ulike forarbeider over tid.”

Flertallet konkluderte med at sykefravær ”*av en viss lengde*” skulle gå til fradrag. Førstvoterende presiserte imidlertid ikke hvor den nedre grensen for fradrag som skal

⁹⁹ Bjørnaraa (1999) s. 333 med henvisninger til saker fra AAD og SPH pkt. 2.8.4

trekkes fra går, utover å nevne at forarbeidenes antydde grense på 14 dager ”synes å være for knapp”, og at sykefravær på over ett år ”klart” må gå til fradrag. Høyesteretts avgjørelse etterlater med andre ord et vidt skjønn med hensyn til hvor langvarig sykefraværet må være for at det skal komme til fradrag, og har ikke skapt klare grenser for denne ulovfestede fradragsregelens omfang. Avgjørelsen gjelder konkret sykefravær, i hvilken utsteking annen type fravær skal komme til fradrag ved beregning av ansettelsestid etter fireårsregelen, er for så vidt uavklart.

Sykehuset Innlandet-dommen ledet imidlertid til at departementet kort tid etter domsavsigelsen innledet en høringsrunde,¹⁰⁰ og senere fremmet forslag om presisering av lovbestemmelsen. Lovforslaget innebærer at fravær ikke skal komme til fradrag i den formelle ansettelsestiden, altså en motsatt løsning i forhold til Høyesteretts konklusjon, og lyder slik:

*”Ved beregning av ansettelsestid etter andre punktum skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær.”*¹⁰¹

Her går det helt klart frem at det aldri skal gjøres fradrag for arbeidstakers fravær. Det dreier seg imidlertid om etterarbeider, som ikke har den samme rettskildemessige vekt som forarbeider. I tillegg kommer at lovforslaget foreløpig ikke er vedtatt. Etter mitt syn må uttalelsene likevel tillegges rettskildemessig betydning. Dette på bakgrunn av departementets uttalelse om at forarbeidenes utsagn har sammenheng med den planlagte harmoniseringen av arbeidsmiljølovens og tjenestemannslovens bestemmelser.¹⁰² Etter min oppfatning viser ovennevnte at dette tyder på å være tilfelle. Det bør likevel bemerkes at uttalelsene først ble fremmet i Ot.prp.nr 12 (2003-2004), hvor en slik harmonisering ennå ikke var et tema. Forarbeidene til fireårsregelen fremstår etter mitt syn imidlertid gjennomgående som preget av mangel på presisjon. Det kan dermed ikke uten videre

¹⁰⁰ Se høringsbrev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 17. juni 2009

¹⁰¹ Prop. 104 L (2009-2010) pkt. 4.3.1

¹⁰² Prop. 104 L (2009-2010) pkt. 4.1

legges til grunn at Stoltenberg II-regjeringen gjennomtenkte spørsmålet om fradrag etter reverseringen av den planlagte harmoniseringen, selv om spørsmålet ikke er kommentert i senere forarbeider.

I juridisk litteratur er det noe forskjellige syn på hvordan spørsmålet om fradrag skal behandles. I kommentarutgavene til arbeidsmiljøloven, både kommentarene skrevet av Jakhelln/Aune, og av Fougner/Holo, legges forarbeidenes uttalelser til grunn om at fravær normalt skal gå til fradrag.¹⁰³ I kommentaren til aml. § 14-9 (per 2009) i Norsk lovkommentar, ved Borgerud, fremgår det derimot at forarbeidenes utgangspunkt ikke kan være riktig, og at det avgjørende må være hvorvidt ansettelsesforholdet formelt består. Det vises til at dette vil være i samsvar med forståelsen av tilsvarende begrep i aml. § 15-3 annet ledd. Borgerud/Due/Nordaas/Næss inntar tilsvarende synspunkt, og begrunner dette med at en slik begrensning i så fall måtte ha fulgt av lovens ordlyd.¹⁰⁴ Dege er av samme oppfatning, og underbygger dette med at fradrag for lovlig fravær, som sykdom, harmonerer dårlig med arbeidsmiljølovens system.¹⁰⁵

Hensynet bak fireårsregelen, at det normalt indikerer et stabilt behov for arbeidskraft dersom arbeidstaker har vært ansatt i en og samme virksomhet i fire år,¹⁰⁶ er relevant ved avgjørelsen av fradragsspørsmålet. På den ene side kan det anføres at virksomhetens arbeidskraftsbehov også vedvarer der arbeidstakeren i ansettelsesperioden eksempelvis er sykemeldt eller i permisjon, og evt. må erstattes av vikar. På den annen side vil rett til fast ansettelse etter fireårsregelen ikke oppstå der en midlertidig ansatt velger å slutte etter to år, og blir erstattet av en annen midlertidig ansatt som deretter arbeider i to nye år. Dette til tross for virksomhetens stabile behov for arbeidskraft. Flere av høringsinstansene på arbeidsgiversiden,¹⁰⁷ som går mot forslaget om at det ikke skal gjøres fradrag for

¹⁰³ Jakhelln og Aune (2006) s. 715 og Fougner og Holo (2006) s. 667

¹⁰⁴ Borgerud (2007) s. 253

¹⁰⁵ Dege (2009) s. 152-153

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 218

¹⁰⁷ Bl.a. høringsuttalelsen fra HSH av 14. oktober 2009

arbeidstakers fravær, fremhever således at retten til fast stilling ikke bare knytter seg til arbeidsgivers arbeidskraftsbehov, men at retten til fast ansettelse også har en side til arbeidstakers tilknytning til virksomheten. Det påpekes at dette tilknytningskravet ikke nødvendigvis vil være oppfylt for en arbeidstaker som i lengre perioder har vært fraværende fra virksomheten, og evt. mer fraværende enn tilstede på arbeidet. I etterarbeidene legger imidlertid departementet til grunn at det skal tas utgangspunkt i det behov virksomheten har hatt for arbeidskraften og den formelle ansettelsesperioden, da det er denne perioden arbeidsgiver har vurdert behovet for arbeidstaker i virksomheten.¹⁰⁸ Heller ikke etter min vurdering kan et slikt tilknytningskrav forankes i fireårsregelens formål, jf. drøftelsen i punkt 7.2.

Etter min oppfatning kan en generell fradragsregel heller ikke forankres i arbeidsmiljølovens formål. Stillingsvernsbestemmelsene utgjør en stor og viktig del loven. Således oppstilles ”*trygge ansettelsesforhold*” som et av lovens bærende hensyn, jf. aml. § 1-1 bokstav b. Det følger av forarbeidene at bestemmelsen særlig speiler reglene om stillingsvern.¹⁰⁹ Fradrag i beregningen av ansettelsestid for arbeidstakers fravær vil i noen situasjoner svekke midlertidige ansattes stillingsvern, og dermed ikke harmonere med lovens formål.

Som nevnt vil en regel som innebærer at det ikke skal gjøres fradrag for arbeidstakers fravær bryte med forståelsen av bestemmelsene i tjml. §§ 9 og 10 nr. 1, hvor kun faktisk tjeneste skal medregnes. Etter omstendighetene kan slike forskjeller medføre urimelige virkninger, på bakgrunn av at arbeidstakere som har samme type midlertidig arbeid i henholdsvis private og statlige virksomheter, eksempelvis innen helsesektoren, vil bli behandlet ulikt. Dersom det ikke skal gjøres fradrag for arbeidstakers fravær, men derimot for tjenestemanns fravær, vil det på dette punktet være mer gunstig å arbeide i privat eller i kommunal sektor enn i statlige virksomheter. Et slikt synspunkt kan etter min oppfatning imidlertid ikke være avgjørende. Tjenestemannsloven og arbeidsmiljølovens bestemmelser

¹⁰⁸ Prop. 104 pkt. 4.3.1

¹⁰⁹ Ot.prp.nr. 49 (2005-2005) s. 68

er på flere områder forskjellige, og det er ikke uten videre gitt at fireårsreglene i de to lovene skal fortolkes likt.

En fradragspraksis kan videre, som det også ble anført i flere høringsuttalelser,¹¹⁰ gi opphav til en situasjon hvor to midlertidige ansatte kan opptjene rett til samme faste stilling, eksempelvis der en sykemeldt midlertidig arbeidstaker blir erstattet av en vikar. Dersom en slik situasjon skulle oppstå, og det viser seg at virksomheten ikke har et arbeidskraftsbehov for begge de ansatte, er rettsvirkningen av fireårsregelen imidlertid ikke til hinder for at virksomheten kan si opp arbeidstakeren grunnet virksomhetens forhold, jf. § 15-7 første ledd, jf. annet ledd. Dette argumentet bør derfor ikke tillegges betydelig vekt.

På den annen side er det etter min oppfatning en fare for at en fradragsregel kan virke prosessdrivende. Dersom det skal gjøres fradrag for alle former for fravær kan dette bidra til at arbeidstakere rettslig forfølger permitteringer, midlertidige driftsinnskrenkninger og andre forhold som skyldes virksomheten.

Inntil en eventuell lovending innebærer imidlertid Høyesteretts avgjørelse i Sykehuset Innlandet-dommen at det skal gjøres fradrag for lengre tids sykefravær. Hvorvidt andre former for fravær skal gå til fradrag ved beregningen av ansettelsestidens lengde må anses uavklart. Både hensynet til forutsigbarhet for arbeidslivets parter, og hensynet til en enhetlig praktisering av fireårsregelen, tilsier at det er nødvendig med en rettslig avklaring av situasjonen.

Det avgjørende tolkningsmoment må etter min oppfatning være hvilken tolkning som ut fra lovens formål og karakter gir den beste og rimeligste løsningen. Hensynet til arbeidstakers stillingsvern må stå sentralt, og taler etter mitt syn for at det ikke skal gjøres fradrag for alle former for fravær ved fremtidig praktisering av fireårsregelen.

¹¹⁰ Bl.a. høringsuttalelsene fra Spekter av 13. oktober 2009

8.3 Betydningen av fravær i et bestående ansettelsesforhold

8.3.1 Ferieavvikling

I Hålogaland lagmannsretts dom av 5. januar 2009¹¹¹ ble det, i tråd med forarbeidene, lagt til grunn at ferietid ikke skulle fradras i ansettelsestiden. Som nevnt under punkt 7.3.1 kom retten til at det forelå et ”*sammenhengende*” ansettelsesforhold i relasjon til fireårsregelen. Videre ble det lagt til grunn at avbruddene heller ikke skulle komme til fradrag ved beregningen av den samlede ansettelsestiden. Retten uttalte således at det

”(...) ville det fremstå som helt urimelig dersom man skulle gjøre fradrag for fravær med karakter av ordinær ferie ved beregning av ansettelsesperiodens lengde.”

De samme hensyn som er nevnt i punkt 7.3.1 gjør seg gjeldende ved spørsmålet om ferietid skal gå til fradrag ved beregning av ansettelsesforholdets lengde. Det ville således utgjøre svært urimelige, og evt. ulovlige, virkninger dersom feriefravær skulle fradras i opptjeningstiden. Også etter tjml. §§ 9 og 10 nr. 1 er gjeldende praksis at ferietid går ikke til fradrag. Dette følger av SPH pkt. 2.8.4, og er også lagt til grunn i juridisk teori.¹¹²

Det kan dermed konkluderes med at det ikke vil være grunnlag for å trekke fra lovmessig ferie i et bestående ansettelsesforhold ved beregningen av ansettelsestiden etter fireårsregelen i arbeidsmiljøloven.

8.3.2 Permisjoner

Fradrag for permisjoner er et eksempel på at et absolutt krav til aktiv tjeneste under visse omstendigheter kan stride mot diskrimineringslovgivningen.

I Likestl. § 3 er det oppstilt forbud mot direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn. Forskjellsbehandling av både gravide og av arbeidstakere som tar ut den delen av

¹¹¹ RG-2009-11

¹¹² Bjørmaraa (1999) s. 334

permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn, defineres som direkte forskjellsbehandling, og er i utgangspunktet forbudt, jf. likestl. § 3 annet ledd. Dette innebærer at dersom det for eksempel skal gjøres fradrag for permisjoner knyttet til graviditet kan dette være å anse som direkte forskjellsbehandling. Det følger av forarbeidene at *”Forbudet skal være desto strengere jo nærmere forskjellsbehandlingen er knyttet til selve graviditeten og fødselen, og dess kortere fravær det er tale om.”*¹¹³ En fradragspraksis for permisjoner grunnet for eksempel svangerskapsforgiftning kunne således ville utgjøre direkte diskriminering. Indirekte forskjellsbehandling defineres som *”enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet”*, jf. likestl. § 3 tredje ledd, og vil omfatte bl.a. forskjellsbehandling på grunn av den resterende delen av fødselspermisjonen. Indirekte forskjellsbehandling er tillatt dersom forskjellsbehandlingen kan begrunnes saklig etter en interesseavveining, jf. likestl. § 3 fjerde ledd. Hensynet til likestilling vil veie tungt ved vurderingen av om handlingen er lovlig eller ikke.¹¹⁴ En fradragspraksis vil derfor kunne virke indirekte diskriminerende overfor kvinner, ettersom det erfaringsmessig er kvinner som oftest tar ut omsorgspermisjon,¹¹⁵ herunder permisjon på grunn av barn og barnepassers sykdom.

I avgjørelse av 23. mars 2004 konkluderte likestillingsombudet med at en praksis hvor det gjøres fratrekk for fødselspermisjon ved beregningen av sammenhengende tjenestetid etter tjml. §§ 9 og 10 nr. 1, vil være i strid med likest. § 3. Departementet antar, i fireårsregelens etterarbeider, at det samme synspunkt må legges til grunn i forhold til fireårsregelen i aml. § 14-9 femte ledd.¹¹⁶ For øvrig er gjeldende praksis etter tjenestemannsloven at det ikke gjøres fradrag for lønnet fødsels- og adopsjonspermisjon, jf. SPH pkt. 2.8.4.

Spørsmålet om en fradragsregel for permisjoner vil stride mot likestillingslovgivningen har, så vidt jeg kan se, ikke blitt vurdert i rettspraksis vedrørende arbeidsmiljølovens

¹¹³ Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) s. 37

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) s. 38

¹¹⁵ Ot.prp.nr. 68 (1998-1999) s. 13

¹¹⁶ Prop. 104 L (2009-2010) pkt. 4.3.1

fireårsregel. Det er imidlertid verdt å merke seg uttalelsen i Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 301 om at arbeidslivets regler ikke må virke ulikt for kvinners og menns muligheter til å få inntekt til å forsørge seg med. På samme side fremgår det at man var spesielt oppmerksom på at fireårsregelen skulle ha likestillingsmessige gunstige effekter. Det foreligger dermed ikke holdepunkter for å konkludere med at det ikke foreligger motstrid mellom en fradragsregel for fødselspermisjon, og andre former for lovbestemt permisjon, og likestillingsloven. Dersom det skal gjøres fradrag for permisjoner må dette dermed kun gjelde avtalebaserte permisjoner for å gå klar av likestillingsreglene.

Lovgrunnen for fireårsregelen og arbeidsmiljølovens formål tilsier at spørsmålet om det skal gjøres fradrag i ansettelsestiden for arbeidstakers fravær må vurderes i lys at arbeidstakers vernebehov. Dette behovet gjør seg ikke gjeldende i samme grad dersom arbeidstakeren for eksempel på grunn av ferie har permisjon, sammenlignet med fravær på grunn av foreldrepermisjon.

Etter mitt syn bør en fradragpraksis ses i sammenheng med hensynet til fleksibilitet i arbeidslivet generelt. Teknologiske endringer og økt konkurranse gjør det viktig at arbeidsstyrken tilføres kompetanse.¹¹⁷ Dersom det for eksempel ikke skal gjøres fradrag for kortere permisjoner hvor arbeidstaker prøver seg i andre bedrifter, kan dette etter min vurdering bidra til mindre fleksibilitet i arbeidslivet. I situasjoner hvor en arbeidstaker eksempelvis søker permisjon fra sin arbeidsgiver, for å tjenestegjøre i en annen bedrift for en kortere periode, kan arbeidsgiveren vegre seg for å innvilge arbeidstakeren slik permisjon, i tilfeller hvor han har behov for at arbeidstaker arbeider i hans bedrift kontinuerlig over tid. Fra et samfunnsmessig syn vil dette etter min oppfatning kunne være uheldig. Arbeids- og samfunnslivet endres stadig, og fleksibilitet og omstillingsdyktighet er viktige behov for både virksomhetene og samfunnet.

¹¹⁷ Ot.prp.nr. 68 (1998-1990) s. 2

Departementet ønsker imidlertid ikke at det skal nyanseres mellom ulike former for permisjoner i det foreliggende lovforslag, og begrunner dette bl.a. med at virksomheten selv kan styre omfanget av individuelt avtalte permisjoner som ikke er lovbestemte.¹¹⁸ Etter min oppfatning kan en slik differensiering også være egnet til å skape uklarheter, og evt. bidra til unødige tvister. Etter mitt syn tilsier imidlertid en avveining av hensynene bak fireårsregelen, samt verne- og likestillingshensyn at opptjening ved fravær i form av permisjon bør begrenses til lovbestemte permisjoner. En slik løsning vil i tilstrekkelig grad balansere hensynet til på den ene side arbeidsgivers behov for forutsigbare ansettelsesforhold og på den annen side hensynet til arbeidstakers trygghet og stillingsvern.

8.3.3 Arbeidskamp

En særlig form for legitimt fravær er arbeidskamp. Verken fireårsregelens forarbeider eller rettspraksis gir avklaring på hvorvidt fravær i form av arbeidskamp skal gå til fradrag. I mangel av holdepunkter vil det her være relevant å se hen til aml. § 15-3. Den sammenhengende ansettelsen som kreves etter bestemmelsen avbrytes ikke ved lovlig arbeidskamp, men den tid arbeidstakeren er fraværende skal som utgangspunkt ikke medregnes, jf. bestemmelsens femte ledd. Fra et lovteknisk synspunkt er det ønskelig begrepet ”*sammenhengende*” skal forstås likt i aml. § 14-9 femte ledd og aml. § 15-3.¹¹⁹ På den annen side kan dette ikke uten videre legges til grunn, da ulike hensyn kan gjøre seg gjeldende. Også dette spørsmålet må således anses uavklart.

8.4 Betydningen av fravær mellom to ulike ansettelsesforhold

Der arbeidstaker har vært ansatt i ulike stillinger i virksomheten som kvalifiserer til beregning av tjenestetid i forhold til fireårsregelen, eksempelvis et vikariat og en stilling som tilkallingsvikar hjemlet i aml. § 14-9 første ledd bokstav a, kan det stilles spørsmål om i hvilken grad fravær mellom ansettelsesforholdene skal gå til fradrag. Spørsmålet er ikke behandlet verken i forarbeidene eller i rettspraksis, og må dermed anses uavklart.

¹¹⁸ Prop. 104 L (2009-2010) pkt. 4.3.1

¹¹⁹ Se Prop. 104 L (2009-2010) pkt. 4.3.1

Etter mitt syn er det imidlertid vanskelig å se noen begrunnelse for at opphold mellom to ulike ansettelsesforhold skal telle med ved beregningen av ansettelsestiden, ettersom sykefravær, som er lovlig fravær, etter gjeldende rett skal trekkes fra.¹²⁰ I slike situasjoner vil det imidlertid først og fremst oppstå spørsmål om kravet til ”*sammenhengende*” ansettelsestid må anses avbrutt, jf. punkt 7.3.1. Dersom den foreslåtte lovendringen om at arbeidstakers fravær ikke skal trekkes fra, blir vedtatt, vil dette imidlertid trolig innebære at det heller ikke skal gjøres fradrag i slike situasjoner, selv om etterarbeidene ikke eksplisitt kommenterer spørsmålet.

8.5 Ansettelsesforhold som ikke omfattes av fireårsregelen

Det kan reises spørsmål om hvilken virkning i relasjon til fireårsregelen det får at en arbeidstaker, i samme virksomhet, eksempelvis først ansettes som vikar etter aml. § 14-9 første ledd bokstav b, deretter går direkte over i praksisarbeid etter aml. § 14-9 første ledd bokstav c (som ikke regnes med til opptjening til fireårsregelen), for å så på nytt ansettes som vikar. Tilsvarende gjelder der arbeidstakeren mellom to ansettelsesforhold hjemlet i bokstav a eller b, i en periode er ansatt etter andre hjemler som ikke medregnes til opptjening til fireårsregelen.¹²¹ En slik situasjon vil enten medføre at kravet til ”*sammenhengende*” ansettelsestid skal anses brutt, eller at den perioden arbeidstaker er midlertidig ansatt med hjemmel i bokstav c skal gå til fradrag i tjenestetiden.

Ordlyden i fireårsregelen; ”*Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a og b, skal anses som fast ansatt (...)*”, synes å knytte kravet til sammenheng til ansettelsesforhold etter bokstav a og b. En slik forståelse trekker i retning av at kravet til sammenheng i slike situasjoner skal anses avbrutt, fremfor at det skal gjøres fradrag for perioden hvor arbeidstaker er ansatt etter hjemler som ikke gir opptjening til fireårsregelen. I den tidligere lovtekst fremgikk det som nevnt ikke at kun ansettelser etter bokstav a og b ga opptjening til fireårsregelen. I forarbeidene til den

¹²⁰ Se også Søreide (2009) s. 155

¹²¹ Se til illustrasjon TOSLO-2004-1171 hvor en lege sammenhengende først hadde vært ansatt i et vikariat, deretter i praksisarbeid og i en prosjektstilling, for så igjen å arbeide som vikar.

tidligere lovtekst uttales: ”Påfølgende midlertidige ansettelsesforhold skal vurderes samlet. Det innebærer at midlertidige ansettelsesforhold inngått med ulike hjemmelsgrunnlag skal vurderes samlet, så lenge det er tale om en sammenhengende ansettelsestid.”¹²² Uttalelsen trekker i retning av at kravet om en sammenhengende ansettelsestid refererer seg til ansettelsesforholdet som sådan. Dette kan tyde på at det likevel ikke skal anses å foreligge avbrudd i slike tilfeller, men at perioden skal komme til fradrag ved beregningen av ansettelsesforholdets lengde. Spørsmålet er ikke kommentert i Ot.prp.nr. 54 (2008-2009), hvor det ble fremmet forslag om den gjeldende lovtekst. Dette kan tale for at kravet til sammenheng likevel ikke er knyttet til bokstav a og b, slik som gjeldende lovtekst gir uttrykk for, men at situasjonen ikke er viet tilstrekkelig oppmerksomhet i disse forarbeidene – og derfor ikke kommentert.

Reelle hensyn taler likedan for at ansettelsesforhold som faller utenfor fireårsregelen ikke bør behandles annerledes enn reelle avbrudd i tjenesten som ikke vil avbryte kravet til sammenhengende ansettelsestid. Slike avbrudd vil hovedsakelig være begrunnet i hensynet til arbeidstaker, likedan som praksisarbeid og engasjement på arbeidsmarkedstiltak primært vil være begrunnet i arbeidstakerens behov, og ikke i virksomhetens behov for arbeidskraften.¹²³ På den annen side er de hensyn som ligger bak fireårsregelen, om at det bør settes en øvre tidsramme for varigheten av et midlertidig ansettelsesforhold, først og fremst knyttet til aml. § 14-9 første ledd bokstav a og b.¹²⁴ I juridisk behandler både Jakhelln/Aune samt Egeland spørsmålet, og uttaler ”De beste grunner taler for å behandle dette på samme måte som ved fravær, altså at perioden ikke anses som avbrudd, men at den kommer til fradrag ved beregningen av ansettelsestidens lengde.”¹²⁵ Spørsmålet må imidlertid anses uavklart.

¹²² Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 219

¹²³ Søreide (2009) s. 155

¹²⁴ Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 43

¹²⁵ Jakhelln og Aune (2006) s. 716, Egeland § 14-9 note 13 (per 2009)

9 Rettsvirkninger av fireårsregelen

Aml. § 14-9 femte ledd annet pkt. slår fast at rettsvirkningen av fireårsregelen er at arbeidstaker ”skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse”. Dette innebærer at arbeidstaker oppnår vanlig oppsigelsesvern, jf. aml. kap. 15, herunder rett til å stå i stilling, jf. aml. § 15-11.¹²⁶ Det følger av ordlyden ”kommer” til anvendelse at rettsvirkningene inntreer automatisk når lovens vilkår er oppfylt, det er således ikke nødvendig at arbeidstaker fremmer et krav om å være underlagt oppsigelsesvernet.

Frem til lovendring av 2009¹²⁷ fulgte det av bestemmelsen at ”reglene om oppsigelse av arbeidsforhold” kom til anvendelse for arbeidstakere som hadde vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år. Grunnet usikkerhet fra flere hold om hva dette innebar foreslo departementet av brukerhensyn å endre lovteksten, slik at det positivt skulle fremgå at oppsigelsesvernet innebærer fast ansettelse. Også før lovendringen innebar bestemmelsen imidlertid at vedkommende var å anse som fast ansatt, endringen medførte således ingen realitetsendring i rettstilstanden.¹²⁸

Det følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden, og understrekes i forarbeidene, at rettsvirkningen av fireårsregelen er at arbeidstaker blir å anse som fast ansatt i det arbeidet han har vært midlertidig ansatt i.¹²⁹ I utgangspunktet innebærer passering av fireårsmerket altså ingen endring i arbeidstakers arbeidsbetingelser eller vilkår. Dersom arbeidstaker forut for fast ansettelse har hatt en stabil tilknytning i en fulltidsstilling, vil det nærmere

¹²⁶ Midlertidig ansatte arbeidstakere har som hovedregel ikke en slik rett til å stå i stillingen, jf. aml. § 15-11 tredje ledd første pkt. I juridisk teori er det antatt at dette trolig må innebære at dersom tvisten gjelder spørsmål om hvorvidt arbeidstakeren har vært midlertidig tilsatt i mer enn fire år må hovedregelen legges til grunn, slik at arbeidstakeren ikke har rett til å fortsette i stillingen. Se bl.a. Jakhelln og Aune (2006) s. 715

¹²⁷ Endringslov til arbeidsmiljøloven av 19. juni 2009 nr. 39

¹²⁸ Ot.prp.nr. 54 (2005-2009) s. 43

¹²⁹ Ot.prp.nr. 54 (2005-2009) s. 44

innhold i ansettelsen derfor være enkelt å fastslå.¹³⁰ Derimot kan det by på større utfordringer der arbeidstaker som midlertidig ansatt for eksempel har hatt varierende stillingsprosent. Selv om det nærmere innhold av en fast ansettelse kan være vanskelig å vurdere, er dette imidlertid ikke et moment i vurderingen av om fireårsregelen er oppfylt.¹³¹ Departementet uttaler i forarbeidene at spørsmålet om det nærmere innholdet i den faste ansettelsen vanskelig lar seg fastslå i en regel i loven, og at spørsmålet *”(...) må vurderes konkret i den enkelte sak blant annet ved hjelp av de momenter domstolene har trukket opp.”*¹³²

Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av arbeidsmiljølovens forarbeider, må det imidlertid være klart at arbeidstakeren ikke nødvendigvis har krav på full stilling. Dette følger av at det arbeidsrettslige begrepet ”fast stilling” er ikke det samme som en ”fulltidsstilling”. I forarbeidene legges det til grunn at *”en form for gjennomsnittsberegning”* synes som et naturlig utgangspunkt ved fastleggelsen av det nærmere innhold i ansettelsen.¹³³

En gjennomsnittsberegning ble anført av arbeidsgiver i Sykehuset Innlandet-dommen. Arbeidstaker argumenterte derimot for at stillingsprosenten ved passering av fireårsmerket, som for As vedkommende var over 100 prosent, måtte være avgjørende, og at A derfor hadde krav på fast ansettelse i 100 prosent stilling, til tross for at han bare hadde jobbet i henholdsvis ca. 39 og 47 prosent av full stilling i de to foregående år. Spørsmålet ble ikke avgjort i dommen, da flertallet konkluderte med at vilkårene i fireårsregelen ikke var oppfylt. Heller ikke mindretallet, som på grunnlag av sitt synspunkt vedrørende uttalte seg eksplisitt om dette. Mindretallets konklusjon om å forkaste anken tyder imidlertid på at de var enige i lagmannsrettens syn på dette punktet,¹³⁴ som hadde lagt til grunn at arbeidets omfang måtte bestemmes skjønnsmessig ut fra hvor mye A hadde arbeidet og arbeidets

¹³⁰ Ot.prp.nr. 54 (2005-2009) s. 43

¹³¹ Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 44

¹³² Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s. 44

¹³³ Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 44

¹³⁴ Søreide (2009) s. 159

karakter, og etter en samlet vurdering kom til at stillingsprosenten skulle settes til 50 prosent.

Forarbeidenes uttalelse om at en gjennomsnittsberegning synes som et ”*naturlig utgangspunkt*” viser imidlertid at spørsmålet ikke er avklart, og må derfor avgjøres etter en konkret helhetsvurdering.

En alternativ løsning kan, som anført av arbeidstaker i Sykehuset Innlandet-dommen, være å anse stillingsstørrelsen idet fireårsgrensen passerer, som avgjørende. En arbeidstaker som eksempelvis har jobbet i en 100-prosentstilling i 3 år og 10 måneder, men vært tilsatt i en 20-prosentstilling på innslagstidspunktet, vil etter en slik metode kun få krav på fast ansettelse i en 20-prosentstilling. Eksempelet viser at en slik løsning kan gi urimelige utslag, og vil heller ikke, der stillingsbrøken har variert, gjenspeile arbeidstakers arbeidsinnsats gjennom de fire årene. Ettersom arbeidstakers rettighet nettopp er opparbeidet gjennom alle de fire årene, taler dette etter mitt syn for at en slik løsning ikke burde legges til grunn, i hvert fall ikke som en alminnelig regel.

En tredje løsning kan være å overlate til partene å forhandle og oppnå enighet om stillingsprosent. Et slikt synspunkt ble uttrykt i Rt. 2006 s. 1158 (Ambulansedommen), som direkte gjaldt lovligheten av midlertidig ansettelse som vikar/tilkallingshjelp. Retten tok ikke stilling til det nærmere innholdet av en evt. fast ansettelse, men uttalte likevel: ”*Mer generelt er dette for øvrig en oppgave som naturlig kan løses gjennom forhandlinger med deltakelse fra arbeidstakerorganisasjonene.*” Det ble imidlertid pekt på at partene i den konkrete saken syntes å være enige om at en ansettelse på halv tid ville være det aktuelle, og at arbeidstakeren var innforstått med å ha en plikt til å møte på tilkalling.

Som de nevnte løsningsforslagene viser, kan de faktiske forholdene i de enkelte sakene være så ulike at en absolutt og uttømmende rettslig regulering av spørsmålet om hvilken stillingsprosent arbeidstaker har rett til fast ansettelse i, kan slå uheldig ut i det enkelte tilfellet.

I tilknytning til ovennevnte problemstillingen kan det oppstå spørsmål om rettsvirkningene av fireårsregelen gir ytterligere rettigheter enn stillingsvern, ved at loven må forstås slik at det stilles visse minimumskrav til innholdet i en fast stilling. I forarbeidene besvares dette bekreftende ved at arbeidstakeren ikke kan bli ansatt som fast ansatt tilkallingshjelp uten en nærmere definert og forutsigbar arbeidstid, for eksempel som fast ekstrahjelp ved behov.¹³⁵ Det vises til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2005 s. 826 (Braaten-dommen), hvorefter det avgjørende må være om det er tale om en reell fast ansettelse. I denne avhandlingen vil jeg imidlertid ikke drøfte spørsmålet om hvilke avtaler arbeidsgiver og arbeidstaker kan inngå innenfor et fast ansettelsesforhold.

Relaterte spørsmål i denne sammenheng kan oppstå der arbeidstaker forut for fast ansettelse har hatt varierende arbeidsoppgaver, eller arbeidet på ulike tjenestesteder mv. Spørsmålet hvorvidt arbeidstaker kan settes til å utføre andre arbeidsoppgaver, eller evt. forflyttes til andre tjenestesteder må bero på en tolkning og utfylling av arbeidsavtalen, og arbeidsgiver styringsrett. En slik vurdering faller utenfor denne fremstillingen.

10 Oppsummering/konklusjon

Hvor lang tid det kan gå mellom to ulike midlertidige ansettelser før ansettelsestiden ikke lenger kan regnes som sammenhengende etter fireårsregelen kan ikke sies med sikkerhet i alle sammenhenger. Forarbeidenes uttalelse om en 14-dagersgrense må være veiledende, men en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfellet vil være avgjørende. EU-domstolens avgjørelse i Adelener-dommen synes etter mitt syn å forutsette at en slik forståelse av bestemmelsen ikke vil være i strid med Rådsdirektivet om midlertidige ansettelser.

¹³⁵ Ot.prp.nr.54 s. 43-44

Avbrudd i ansettelsestiden utelukkende konstruert for å omgå reglene om stillingsvern vil imidlertid ikke virke avbrytende i relasjon til fireårsregelen.

Etter gjeldende rett skal det gjøres fradrag i beregningen til fire års ansettelse for lengre tids sykefravær. Den nedre grense for sykefravær som skal trekkes fra er imidlertid etter Sykehuset Innlnadet-dommen fortsatt uklar. Det er også uavklart i hvilken utstrekning andre former for fravær skal komme til fradrag ved beregning av ansettelsestiden etter fireårsregelen. Etter Høyesteretts avgjørelse er det dermed ønskelig med en rettslig avklaring av situasjonen. Arbeidsdepartementet har derfor fremmet forslag om endringer i fireårsregelens ordlyd, jf. Prop.104 L (2009-2010), men forslaget er foreløpig ikke er vedtatt av Stortinget.

Ettersom fireårsregelens ordlyd og forarbeider peker i hver sin retning vedrørende fradragsspørsmålet, må avgjørelsen etter min oppfatning bero på en avveining av på den ene side hensynet til arbeidstakerne og deres behov for trygge og forutsigbare arbeidsforhold, og på den annen side arbeidsgivernes behov for midlertidige ansettelser. Vurderingen må skje i lys av at fast ansettelse er den klare hovedregel i arbeidsmiljøloven. Hensynet til arbeidstakernes stillingsvern må derfor stå sentralt. Dette er et av arbeidsmiljølovens bærende hensyn, noe som også kommer til uttrykk i lovens formålsbestemmelse. Etter mitt syn må derfor hensynet til arbeidstakerne i denne sammenhengen veie tyngst. Jeg mener imidlertid at en fradragsregel hvor det ikke gjøres fradrag for lovbestemte permisjoner i tilstrekkelig grad ivaretar arbeidstakernes vernebehov.

Fremstillingen har vist at det på flere punkter er knyttet usikkerhet til fortolkningen av fireårsregelen. Fremtidig praktisering av bestemmelsen må etter min oppfatning gjøres i lys at det i dagens arbeidsliv er økende fokus på bruk av midlertidige ansettelser. Dette kommer bl.a. til uttrykk i Arbeidsdepartementets nyeste proposisjon, hvor ønsket om å redusere unødige, samt heve bevisstheten om bruken av tidsbestemte ansettelser står sentralt.

11 Kilder

Litteraturliste:

- Bjørnaraa, Torgeir, Gaard, Espen og Selmer, Anette *Norsk tjenestemannsrett. Kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter m.v.* Oslo, 1999.
- Jakhelln, Henning og Aune, Helga *arbeidsrett.no Kommentarer til arbeidsmiljøloven 2.* utg. Oslo, 2006.
- Fougner, Jan og Holo, Lars *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* Oslo, 2006.
- Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten* 4.utg. Oslo, 2007.
- Arbeidsrett Særlig om omstilling i offentlig sektor.* Borgerud, Ingeborg Moen [et al.]. 2007.
- Benson, Thomas *Arbeidsrettsboka* Bodø, 2008.
- Dege, Jan Tormod *Den individuelle Arbeidsrett Del I* Oslo, 2009.
- Engelsrud, Gerd *Styring og vern Arbeidsrett i kommuner og fylkeskommuner* 4. utg. Oslo, 2009
- Søreide, Christel. *Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen.* I: *Arbeidsrett* 03/2009, s. 146-159
- Dalheim, Tron. *Midlertidig ansettelse – tilkallingsvikarer, ekstrahjelper m.v.* I: *Arbeidsrett* 04/2006, s. 244-259
- Borgerud, Ingeborg Moen. *I lovkommentaren til aml. § 14-9 i Norsk lovkommentar*, note 493. Per 2009
- Egeland, Lill Chr. *arbeidsrett.no aml. § 14-9 note 13.* Per 2009

Lovregister:

- 1975 Sjømannslov (sjømannsloven) av 30. mai 1975 nr. 18
- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar 1977 nr. 4 (opphevet)
- 1978 Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr. 45
- 1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars 1977 nr. 3
- 1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19
- 1988 Lov om ferie (ferieloven) av 29. april 1988 nr. 21

- 1998 Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) av 17. juli 1998 nr. 61
- 2005 Lov om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven) av 1. april (2005) nr. 15
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62
- 2005 Lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 21. desember 2005 nr. 121
- 2009 Lov om endringer i arbeidsmiljøloven (endringslov til arbeidsmiljøloven) av 19. juni 2009 nr. 39

Forskrift:

- 1983 Forskrift til lov om statens tjenestemenn m.m. (forskrift til tjenestemannsloven) av 11. november 1983 nr. 1608

Kgl.res.:

- 2005 Delvis ikrafttredelse av lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 609

Direktiver:

- 1997/81/EF RÅDS DIREKTIV 97/81/EF av 15. desember 1997 om rammeavtalen om deltidsarbeid inngått mellom UNICE, CEEP og EFF (deltidsdirektivet)
- 1999/79/EF RÅDS DIREKTIV 99/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EEF, UNICE og CEEP

Forarbeider:

- NOU 1992:20 Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle. Utredning fra Arbeidsmiljølovutvalg
- NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
- Ot.prp.nr. 41 (1975-1976)

Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp.nr. 72 (1981-1982)

Om lov om statens tjenestemenn m. m.

Ot.prp.nr. 19 (1989-1990)

Om lov om endringer i lov 17 juni 1966 nr 12 om folketrygd og i visse andre lover

Ot.prp.nr. 50 (1993-1994)

Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

Ot.prp.nr. 68 (1998-1999)

Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
(utdanningspermisjon)

Ot.prp.nr. 77 (2000-2001)

Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikttil å arbeide for likestilling, skjerping
av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering
mv.)

Ot.prp.nr. 64 (2001-2002)

Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v.
(informasjon om ledige stillinger)

Ot.prp.nr. 12 (2003-2004)

Om lov om endringer i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd, lov 6. mai 1988 nr. 22
om lønnsplikt under permittering og lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og
arbeidsmiljø mv.

Ot.prp.nr. 49 (2004-2004)

Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp.nr. 67 (2004-2005)

Om lov om statens embets- og tjenestemenn

Ot.prp.nr. 24 (2005-2006)

Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern
mv.

Ot.prp.nr. 25 (2005-2006)

Om lov om opphevelse av lov 17. juni 2005 nr. 103 om statens embets- og tjenestemenn mv.

Ot.prp.nr. 54 (2008-2009)

Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)

Prop. 104 L (2009-2010)

Endringer i arbeidsmiljøloven (midlertidig ansettelse mv.)

Innst.O.nr.34 (2003-2004)

Innstilling frå kommunalkomiteen om lov om endringer i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd, lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering og lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Innst.O.nr. 18 (2005-2006)

Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Høyesterettsdommer:

Rt 1989 1116 (Statfjorddommen)

Rt 1990 1126

Rt 2005 826 (Braaten-dommen)

Rt 2006 1158 (Ambulansedommen)

Rt 2009 578 (Sykehuset Innlandet-dommen)

EU-dom:

In Case C-212/04 Rousas Voskakis, Vasilios Giatakis v Ellinikos Orgnisimos Galaktos (ELOG) eur-lex.europa.eu

Lagmannsrettsdommer:

LA-2009-57115

RG-2009-11

Tingrettsdommer:

TOSLO-2004-1171

TOSLO-2007-99956

Forvaltningspraksis:

Arbeids- og administrasjonsdepartementet sak 90/2800

Arbeids- og administrasjonsdepartementet sak 92/774

Arbeids- og administrasjonsdepartementet sak 93/3197

Arbeids- og administrasjonsdepartementet sak 93/2098

Arbeids- og administrasjonsdepartementet sak 98/3572

Statens personalhåndbok 2010

Annet:

Avgjørelse av 23. mars 2003 ved Likestillingsombudet

Brev av 14. juni 2006 fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet til Likestillings- og diskrimineringsombudet (snr. 200603133)

Høringsuttalelse av 13. oktober 2009. Fra Arbeidsgiverforeningen Spekter

Høringsuttalelse av 14. oktober 2009. Fra HSH-en hovedorganisasjon for arbeidslivet

Høring om endringer i arbeidsmiljølovens bestemmelse om midlertidig ansettelse – tilkallingsavtaler mv. Det kongelige Arbeids- og inkluderingsdepartement. Av 17. juni 2009

Artikkel fra Den norske legeforenings nyhetsarkiv,

<http://www.legeforeningen.no/id/153103.0>

